Der

Betrug beim Vertragsschluss

und

die Ansprüche des Betrogenen gegen den Betrüger.

Nach Gemeinem Civilrecht und Bürgerlichem Gesetzbuch.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Hohen juristischen Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt von

Wilhelm Müller,

Referendar aus Wiesbaden.

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

Berlin 1900.

Druck von Wilhelm Pilz in Berlin N.O. 18, Landsbergerstrasse 108.

Referent: **Professor Dr. Bernhöft.**

Meinen lieben Eltern.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552717_0052

Litteratur

geordnet nach der Buchstabenfolge der Verfasser.

Arndts, Pandekten.

Bechmann, Der Kauf nach Gemeinem Recht, 2. Teil, 1. Abteilung; Berlin 1880.

Behrndt, Der *dolus* bei Verträgen nach Gemeinem Recht; Stettin 1894.

Binding, Die Normen und ihre Uebertretung.

Blitz, Ueber die Ansprüche des Betrogenen beim Vertragsschlusse; Greifswald 1898.

Brinz, Pandekten.

Bürgerliches Gesetzbuch, Ausgabe von Fischer, Henle etc.; München 1898.

Cosack, Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 2. A.

Dernburg, Pandekten, 5. A.

Eccius, Theorie und Praxis des preussischen Privatrechts, 5. A.

Endemann, Einführung in das Studium des B.G.B., 4. A.

Enneccerus, Rechtsgeschäft, Anfangstermin und Bedingung; Marburg 1889.

Enneccerus-Lehmann, Bürgerliches Recht (soweit erschienen).

Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen.

Glück, Pandekten.

Goldschmidt, Der Lukka-Pistoja-Aktienstreit; Frankfurt a. M. 1859.

Haidlen, Ausgabe des B.G.B. von

Hanausek, Die Haftung des Verkäufers beim Kauf; Berlin 1883.

Hälschner, Strafrecht.

Hänel, „Ueber das Wesen und den heutigen Gebrauch der *actio* und *exceptio doli*“ im Archiv f. c. Pr., Bd. 12, S. 408 f.

Hasse, Die *Culpa* des Römischen Rechts, 2. Ausgabe; Bonn 1838.

Jahr, Ist die *actio de dolo* subsidiär und wann beginnt im Falle einer subsidiären Anwendung die Verjährung?; Kiel 1898.

Ihering, Jahrbücher für Dogmatik, Bd. 4 (neg. u. pos. Interesse).

Ihering, Der Lukka-Pistoja-Akt.-Streit im Archiv f. c. Pr. N. F. Bd. 4, S. 221 f.

von Keudell, Ueber die Wirkungen des Betrugs beim Vertragsschlusse; Göttingen 1888.

Klein, Welche Ansprüche entstehen aus dem Betruge beim Vertragsschluss? Nach Gem. Recht. 1898.

Koestlin, „Ueber die Grenzen zwischen dem strafbaren und dem bloss civilrechtlich zu verfolgenden Betruge“ in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozess, N. F. Bd. 14.

Kohler, Treu und Glauben im Verkehr. Ein Beitrag zur Lehre vom strafbaren Betrug; Berlin 1893.

von Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 8. A.
Matthiass, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 2. A.
Merkel, Kriminalistische Abhandlungen II. Die Lehre vom strafbaren Betruge; Leipzig 1867.
Mommsen, Ueber die Haftung der Kontrahenten bei der Abschliessung von Schuldverträgen. Erörterungen, Heft II; Braunschweig 1878.
Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht, I. u. II.; Braunschweig 1853.
Mommsen, Krüger u. Schöll, Ausgabe des *Corpus juris civilis.*
Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich; Berlin 1888.
Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 5. A.
Pernice, *Marcus Antistius Labeo;* Halle 1888.
Planck, Kommentar zum B.G.B.
Puchta, Pandekten.
Rehbein, Das B.G.B. mit Erläuterungen.
Regelsberger, Pandekten.
Richelmann, Der Einfluss des Irrtums auf Verträge; Hannover 1837.
Savigny, System.
Scherer, Kommentar zum B.G.B.
Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse des B.G.B.
Seuffert's Archiv.
Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Ausg. Rüdorff.
Treitschke, Der Kaufkontrakt.
Unterholzner, Die Lehre von den Schuldverhältnissen.
von Vangerow, Pandekten, 6. A.
Windscheid, Pandekten, 4. A.
Ziegler, Ueber den Betrug beim Vertragsschluss; München 1870.

Inhalt.

A. Gemeines Recht.

Erster Abschnitt.

Begriff und Voraussetzungen des Betrugs.

§ 1. Begriff des Betrugs.
§ 2. Die Täuschung, d. h. die Entstellung der Wahrheit.
§ 3. Der Täuschungsvorsatz.
§ 4. Der Irrtum des Betrogenen.
§ 5. Der Kausalzusammenhang zwischen der nachteiligen Willenserklärung und dem Irrtum des Betrogenen.

Zweiter Abschnitt.

Die rechtlichen Folgen des Betrugs.

§ 6. Der Einfluss des Betrugs auf den Bestand des Vertrages.
§ 7. Die Arten des Betrugs: *dolus causam dans* und *dolus incidens.*
§ 8. Die Ansprüche des Betrogenen gegen den Betrüger
a) auf das negative Interesse,
b) auf das positive Interesse.

Dritter Abschnitt.

§ 9. Die Rechtsmittel zur Durchführung der Ansprüche des Betrogenen.
1. Die Kontraktsklage,
2. die *actio de dolo,*
3. die *exceptio doli specialis,*
4. die *in integrum restitutio.*

B. Die arglistige Täuschung und die Rechtsfolgen derselben nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

Erster Abschnitt.

§ 10. Begriff und Voraussetzungen der arglistigen Täuschung. Die Anfechtung gemäss § 123 B.G.B.
§ 11. Der Anspruch auf Schadenersatz gemäss § 823, 826 B.G.B.

Zweiter Abschnitt.

§ 12. Das arglistige Verschweigen von Mängeln im Recht oder Fehlern der Sache beim Kauf etc.
§ 13. Insbesondere die Haftung des Schenkers wegen arglistigen Verschweigens von Mängeln im Recht oder Fehlern der verschenkten Sache.
§ 14. Die Haftung des Verleihers wegen arglistigen Verschweigens

A. Gemeines Recht.

Erster Abschnitt.

Begriff und Voraussetzungen des Betrugs.

§ 1.

1. Begriff des Betrugs.

Betrug im Sinne des Civilrechts ist die in vorsätzlicher Täuschung bestehende Rechtsverletzung.[1])

Unserem Worte „Betrug" entspricht in den Quellen der Ausdruck *„dolus"*.

So sagt Windscheid[2]): „Eine besonders wichtige Form des *dolus* ist der Betrug, eine so wichtige, dass auf denselben in der l. 1 § 2. D. h. t. geradezu die Definition des *dolus* gestellt wird."

In Uebereinstimmung hiermit sagt Pernice[3]): „Der Ausgangspunkt der *actio doli* ist unzweifelhaft die betrügliche Täuschung, die Uebervorteilung durch Entstellung der Wahrheit gewesen. Das hatte Aquilius mit der Begriffsbestimmung: *aliud simulare, aliud agere* im Auge, die Cicero wegen ihrer Präcision rühmt. Servius stimmt damit überein, nur fügt er noch deutlicher die *machinatio alterius decipiendi causa* hinzu, die in jedem Unterdrücken und Verstecken der Wahrheit liegt." Die hier angeführten Quellenstellen sind: fr. 1, § 2 *de dolo malo 4, 3. Ulpianus: „dolum malum* Servius *quidem ita definiit machinationem quandam alterius decipiendi causa, cum aliud*

---

[1]) So sagt Glück, Pand. IV, S. 109: „Hier, d. h. bei Verträgen . . ist also Betrug die vorsätzliche Erweckung oder Unterhaltung einer unrichtigen Vorstellung bei einem andern, um ihn zu einem nachteiligen Entschluss zu bestimmen". Ferner Dernburg, Pand. I., § 104: „Betrug ist die absichtliche, den andern Teil schädigende Täuschung bei einem Rechtsgeschäft". Ziegler a. a. O. § 1: „Betrug ist die wissentliche Herbeiführung einer Rechtsverletzung durch Entstellung der Wahrheit". cf. ferner Savigny, System III, S. 118. Arnds, Pand. I, S. 83.

[2]) Windscheid, Pand. II, § 451, Anm. 2.

[3]) Labeo II, S. 101 f.

simulatur, et aliud agitur. Labeo *autem posse et sine simulatione id agi, ut quis circumveniatur: posse et sine dolo malo aliud agi, aliud simulari, sicuti faciunt, qui per eiusmodi dissimulationem deserviant et tuentur vel sua vel aliena: itaque ipse sic definiit dolum malum esse omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumveniendum fallendum decipiendum alterum adhibitam. Labeonis definitio vera est.*"

In der Definition des Servius hat *dolus* noch ganz die Bedeutung des Betrugs. Ebenso in der mit den Worten des Servius fast übereinstimmenden Definition des Pedius in fr. 7, § 9 *de pactis 2, 14: „dolo malo pactum fit, quoties circumscribendi alterius causa aliud agitur aliud simulatur.*"

Soweit herrscht Uebereinstimmung, dagegen herrscht darüber Meinungsverschiedenheit, ob in der Begriffsbestimmung Labeos die engere, ältere Bedeutung des *dolus* als Betrug zu verstehen sei, oder darüber hinaus dem *dolus* bereits die weitere Bedeutung von unsittlicher, arglistiger Veranstaltung zum Nachteil eines anderen gegeben sei. Die erstere Ansicht teilt namentlich Windscheid, (siehe das oben S. 9 cit.) Vangerow, Pand. III, § 605, während dem gegenüber namentlich Pernice, und zwar mit Recht, der Ansicht ist, dass Labeo über diese Definition hinausgehe, ihm der *dolus* nicht Betrug, sondern jede arglistige, unsittliche Veranstaltung zum Nachteile eines andern ist. Dass diese Ansicht die richtige ist, ergiebt sich einmal daraus, dass sich die enge Definition des Aquilius etc. neben der des Labeo forterhielt,[4]) dann aber auch daraus, dass Labeo in Einzelentscheidungen den *dolus* Begriff in der angegebenen weiteren Bedeutung gebraucht. So dürften namentlich in fr. 7, § 6 *de d. m. 4, 3*[5]) die Worte *„dolo alterius,"* wie Pernice mit Recht annimmt, nur „auf Anreizung" bedeuten.

Da in den Quellen *dolus* bald in der engen, alten Bedeutung als Betrug, bald in der weitergehenden jüngeren Bedeutung vorkommt, so wird man in den einzelnen Fällen zu prüfen haben, in welcher Bedeutung das Wort gebraucht ist.

Eine Eigentümlichkeit des Betrugs ist, dass der Betrogene gewissermassen selbst seine Rechte verletzt, indem er nämlich durch die Täuschung in einen Irrtum versetzt oder in einem bereits vorhandenen Irrtum belassen wird, infolgedessen er die ihm nachteilige Willenserklärung abgiebt.[6])

---

[4]) Pernice a. a. O., S. 102.

[5]) *Si quadrupes tua dolo alterius damnum mihi dederit, quaeritur, an de dolo habeam adversus eum actionem* etc.

[6]) cf. Ziegler a. a. O. § 1. Liszt: „Lehrbuch des Str.R. § 138. Der zu Beschädigende handelt selbst, aber ohne sich der verursachenden Be-

2. Voraussetzungen des Betrugs.

§ 2.

a) Die Entstellung der Wahrheit.

Wir haben oben gesehen, dass Betrug die in vorsätzlicher Täuschung bestehende Rechtsverletzung ist; ferner, dass die Täuschung darin besteht, dass unter Verletzung der Wahrheit in dem Betrogenen ein Irrtum hervorgerufen wird, infolgedessen er die ihm nachteilige Willenserklärung abgiebt. Hieraus ergeben sich als einzelne Voraussetzungen des Betrugs:

1. Die Täuschung, d. h. Entstellung der Wahrheit.
2. Dass diese Täuschung vorsätzlich geschieht.
3. Als Folge dieser Täuschung ein Irrtum des Betrogenen.
4. Dass dieser Irrtum den Gegner zu einer ihm nachteiligen Willenserklärung veranlasst hat, d. h., dass ein Kausalzusammenhang zwischen der nachteiligen Willenserklärung und dem Irrtum des Betrogenen besteht.

1. Was die Entstellung der Wahrheit anbetrifft, so muss sie sich beziehen auf Thatsachen, so dass durch diese Entstellung eine vollständige Verschiebung in der Willensbildung des Vertragsgegners, wie sie ohne die Täuschung stattgefunden hätte, eintritt.

Unter den Thatsachen wird man zu scheiden haben zwischen äusseren und inneren Thatsachen. Aeussere Thatsachen sind solche, die in die Aussenwelt treten. Es können dieses solche Thatsachen sein, die äusserlich mittelst der Sinne wahrgenommen werden, wie die Beschaffenheit einer Ware etc., dann aber auch solche Thatsachen, die, „trotzdem sie in die Aussenwelt getreten sind, dennoch nicht ausschliesslich durch die Sinne wahrgenommen werden, vielmehr nur mit Hilfe der inneren geistigen Kräfte des Menschen erkannt werden", z. B. die rechtliche Bedeutung eines Schriftstücks, die Sicherheit eines Kreditsuchenden etc.[7]) Innere Thatsachen dagegen sind solche, die sich im Innern des Menschen abspielen, wie Ansichten, Absichten, Beweggründe etc.[7])

Man wird nicht schlechthin, wie es vielfach geschehen ist,[8]) den Satz aufstellen können, dass eine Täuschung über die inneren Thatsachen nicht als Betrug aufzufassen sei, ebensowenig, wie man schlechthin behaupten kann, die Täuschung über äussere Thatsachen sei stets Betrug. Man wird vielmehr stets zu untersuchen haben

---

deutung seines Thuns oder Unterlassens bewusst zu sein". Köstlin in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozess, N. F., Bd. 14, S. 302.

[7]) Olshausen a. a. O., S. 1023.

[8]) So Hülschner, Strafrecht, II, S. 261 f. Ziegler a. a. O., S. 4. Behrndt a. a. O., § 4.

1. ob die (äusseren oder inneren) Thatsachen sich auf das Wesen des Vertrags beziehen oder nicht, ob der betreffende Vertrag Offenheit gerade über diese Thatsachen erfordert (cfr. namentlich unten S. 15 f.) und

2. ob ein Kausalzusammenhang zwischen der Täuschung und der nachteiligen Willenserklärung des Gegners besteht (siehe unten § 5).[9])

Wenn z. B. jemand sich vermietet, um das Mietsgeld zu erhalten, mit der festen Absicht, sich dem Antritt des Dienstes

---

[9]) Hiermit stimmt, was das Verschweigen innerer Thatsachen anbetrifft, Köstlin a. a. O. S. 357, 358, überein. Er führt aus: „Man wird sagen müssen, dass das Verschweigen der eigenen Motive wie die blosse Benutzung des Irrtums des anderen über die seinigen nicht hinreiche, den Rückhaltenden wegen Täuschung verantwortlich zu machen, soweit eben die Motive nicht die Beschaffenheit des Gegenstandes des Vertrags betreffen. Denn gerade weil solche anderweitigen Motive etwas ausserhalb des Geschäftes liegendes, rein Subjektives, Innerliches sind, kann kein Kontrahent erwarten, dass der andere ungefragt sich darüber aussprechen werde.

Ferner (etwas vorher): „Denn nur als Ursache des Schadens des einen Kontrahenten kann der *dolus* des anderen rechtlich beachtet werden. Auf diese Kausalität kommt es mithin zuletzt an."

Vgl. ferner Merkel, Die Lehre vom strafbaren Betruge S. 253, 256, 257: „Lügen machen im Handel und Wandel civilistisch verantwortlich, wenn sie als zweifellose Bestandteile der juristischen Willenserklärung auftreten, bezw. solche Umstände betreffen, welche bei der definitiven Gestaltung des Geschäfts eine Aufnahme unter die integrirenden Bestandteile desselben gefunden haben."

Ferner Seite 258, 259; ebenso die Quellen; eine *„naturalis licentia decipiendi"* in Vertragsverhältnissen, also die rechtliche Indifferenz gewisser auf Uebervorteilung der Gegenpartei abzielender Behauptungen oder Vornahmen, findet sich mehrfach anerkannt. Vgl. (für unsere Zwecke ausgewählt) *l. 14* § *10, l. 19 pr. D. de aed edicto 21, 1, l. 22* § *3, D. loc. cond. 19, 2* (s. unten S. 15) *l. 43,* § *1, de contr. empt. 18, 1.*"

„Im Gegensatz nun zu den rechtlich indifferenten Behauptungen verliert die Lüge ihre Indifferenz durch die stillschweigende oder ausdrückliche Erhebung betreffender Umstände zu integrierenden Bestandteilen der definitiven geschäftlichen Abmachung. Vgl. *l. 43 pr. de contr. e. 18, 1 (Ea quae commendandi causa in venditionibus dicuntur, si palam appareant, venditorem non obligant, veluti si dicat servum speciosum, domum bene aedificatam; at si dixerit, hominem literatum, vel artificem, praestare debet, nam hoc ipso pluris vendit),* wo der Verkäufer verantwortlich gemacht wird, wenn er von dem Sklaven fälschlich behauptet, dass er *artifex, literatus . . .* sei, weil sich das *pretium* hierauf beziehe, d. i. weil es sich um ein wesentliches Element in dem Zusammhange der bezüglichen Abmachungen darstellt. Vgl. hierzu *l. 43, cit.* § *1, l. 19, pr. de aed ed: „multum interest, commendandi servi causa quid dixerit, an vero praestaturum se promiserit, quod dixit."* Auch hier wird indifferenten Aeusserungen in Betreff eines Vertragsgegenstandes eine Willenserklärung gegenüber gestellt, welche als bindende angenommen wird." (cf. zu letzterem Anm. 16.)

durch Flucht zu entziehen, so dürfte sein Verhalten als Betrug bezeichnet werden. Denn einmal bezieht sich die Täuschung auf das Wesen des Dienstvertrags, der in der Leistung von Diensten einerseits gegen Lohn andererseits besteht, dann aber auch hätte der Dienstherr ohne die Täuschung den Vertrag nicht abgeschlossen, es liegt ein Kausalzusammenhang zwischen seiner Erklärung und der Täuschung vor.[10])

Dagegen würden wir in folgendem Falle keinen Betrug annehmen: A. bittet B. um Geld, um seine Schulden zu bezahlen, während er in Wirklichkeit das Geld verschwenden will. Wenn auch möglicherweise ein Kausalzusammenhang vorliegen könnte, so bezieht sich die Täuschung doch nicht auf das Wesen des Darlehns. Denn dem Darleiher kann es ganz gleichgültig sein, zu welchen Zwecken der Darlehnsnehmer das Geld verwendet; er hat auch gar kein Recht, hierüber Offenheit des Darlehnsnehmers zu verlangen. Aus denselben Gründen würde in folgendem Falle, in dem es sich um eine Täuschung über äussere Thatsachen handelt, kein Betrug anzunehmen sein. M. will eine Sache verkaufen. Vom Käufer gefragt, ob er aus Not verkaufe, verneint er dies wahrheitswidrig, weil er fürchtet, sonst einen geringeren Preis zu erzielen.

Zu demselben Resultat kommen wir auch in folgendem Falle: A. soll im Auftrage des B. von X. eine Sache kaufen. Von X. gefragt, ob er im Auftrage des B. handele, verneint er dies, weil er glaubt, dass X. für B. einen höheren Preis stellen werde. Angenommen, es läge ein Kausalzusammenhang vor zwischen der Täuschung des A. und der Willenserklärung des X., er verkaufe dem B. die Sache zum (angemessenen) Preise von 100 Mark, so bezieht sich die Täuschung doch nicht auf das Wesen des Vertrags. Es kann dem Verkäufer X. gleichgültig sein, ob er zu einem angemessenen Preise an A. oder B. verkauft; seine Absicht, seinem Feind B. teurer zu verkaufen, kann nicht berücksichtigt werden. A. ist nicht verpflichtet dem X. mitzuteilen, dass er für B. handelt.

Die Entstellung der Wahrheit kann geschehen durch jede Art *positiver Einwirkung* auf den zu Betrügenden. Schwieriger zu beantworten ist die Frage, ob und in welcher *Unterlassung der Aufklärung* eine Entstellung der Wahrheit zu sehen ist.

Eine allgemeine Pflicht zur Aufklärung Dritter über Thatsachen kann wohl niemand als rechtliche Forderung aufstellen.

---

[10]) cf. auch unten S. 14 *fr. 8 h. t.*, wo sich die Täuschung auf die Solvenz des Darlehnsnehmers bezieht, *fr. 9, § 1, eodem,* wo sich die Täuschung auf den Betrag der Erbschaft oder die Fähigkeiten des Sklaven bezieht etc.

So sagt Hasse,[11]) „dass die einem anderen schädlichen Handlungen, welche nur in einem Nichtthun, in einem Unterlassen bestehen, in der Regel nicht unerlaubt sind. Man brauchte nur den Satz positiv auszudrücken: Niemand darf durch Unterlassen dem andern Schaden zufügen — so hiesse dies umgekehrt: Jeder muss dem andern nützlich sein, wo er nur kann. Eine solche allgemeine Alimentationspflicht würde dem Gerechten die Selbsterhaltung noch schwerer machen, als sie ohnehin ist, und wo wäre da die Grenze“?

Eine derartige allgemeine Unterstützungspflicht der Menschen ist eben undenkbar.

Anders wird es sich verhalten, wenn ein Vertragsverhältnis unter den Parteien besteht, in dem Treu und Glauben eine Aufklärung des einen Kontrahenten durch den anderen verlangt;[12]) in wie weit diese Aufklärungspflicht besteht, soll weiter unten erörtert werden. Savigny[13]) bemerkt hierzu: „In der Regel wird der Betrug durch positive Thätigkeit verübt. Er ist aber auch denkbar durch ein bloss leidendes Verhalten, also durch wissentliches, stillschweigendes Dulden des fremden Irrtums, den wir nicht selbst hervorgebracht haben. Dieses letztere jedoch nur unter der Voraussetzung eines solchen Vertragsverhältnisses, worin der andere von uns Offenheit zu erwarten berechtigt ist, so dass hier Schweigen und Reden als ein untrennbares Ganze betrachtet werden muss.“

Auch die Quellen sprechen mehrfach den Grundsatz aus, dass im Schweigen des Vertragsgegners unter bestimmten Voraussetzungen ein *dolus* zu erblicken sei, so fr. 43, § 2 *d. c. e 18, 1;*[14]) fr. 35, § 8 *eodem,* fr. 11, § 5 *de a. e. v. 19, 1.*

Positive Täuschung über Thatsachen hat immer — vorausgesetzt, dass auch die übrigen Erfordernisse des Betrugs vorliegen — Haftung des Betrügers zur Folge. Dies sprechen die Quellen in einer Reihe von Entscheidungen aus. So in fr. 8 *de dolo malo 4, 3. Quod si cum scires eum facultatibus labi, tui lucri gratia adfirmasti mihi idoneum esse, merito adversus te, cum mei decipiendi gratia alium falso laudasti, de dolo iudicium dandum est.*

---

[11]) **Die Culpa des röm. Rechts, S. 13.**

[12]) **cf. auch Ziegler a. a. O. S. 4.**

[13]) **a. a. O. System III, S. 119.**

[14]) **Fr. 43 . . . . 18. 1.** *Dolum malum a se abesse praestare venditor debet, qui non tantum in eo est, qui fallendi causa obscure loquitur, sed etiam, qui insidiose obscure dissimulat. fr. 35, § 8, eod. Si quis in vendendo praedio confinem celaverit, quem emptor si audisset, empturus non esset, teneri venditorem.*

Fr. 9, § 1 *eodem: Si autem mihi persuaseris, ut repudiem hereditatem, quasi minus solvendo sit, vel ut optem servum, quasi melior eo in familia non sit: dico de dolo dandam, si callide hoc feceris.* Ferner fr. 20, § 1 *eod.*, fr. 23 *eod.*, fr. 37 *eod.*, fr. 40 *eod.*, fr. 6, § 1 *de a. e. v. 19, 1.*

Dagegen ist die Haftung für Unterlassung der Aufklärung über Thatsachen eine beschränktere. Denn ein allgemeines Recht auf Wahrheit giebt es nicht.[15]) Stellte das Recht eine derartige Forderung auf, so wäre jegliche Spekulation unmöglich. Der Kaufmann z. B., der auf Grund irgend welcher Beziehungen allein Kenntnis von einer ihm günstigen Konjunktur erhalten hat und nun schnell diesbezügliche Geschäfte abschliesst, ohne seinen Gegner über diese Konjunktur aufzuklären, wäre Betrüger! Solche weitgehende Forderungen kann und wird das Recht nicht stellen. Finden wir doch fast das Gegenteil davon in den Quellen: Fr. 22, § 3 *loc cond. 19, 2. Paulus: Quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est, quod pluris sit minoris emere, quod minoris sit pluris vendere et ita invicem se circumscribere, ita in locationibus quoque et conductionibus juris est.*

Fr. 16, § 4 *de minor 4, 4 Ulpianus . . . . . Idem Pomponius ait in pretio emptionis et venditionis naturaliter licere se circumvenire.*[16])

Hiermit soll allerdings kein „Freibrief“ für die Hintergehung des Gegners ausgestellt werden. Man wird sich vielmehr, wie Regelsberger ausführt, „ebenso sehr hüten müssen, bei der rechtlichen Beurteilung schlechthin den sittlichen Standpunkt einzunehmen, als einer laxen Geschäftsmoral das Siegel des Rechts aufzudrücken“.[17]) Einen Anhalt gewähren die Ausführungen Köstlin's:[18]) „Da wo es sich um einen thatsächlichen Zustand des Vertragsgegenstandes oder um eine thatsächliche Voraussetzung der Gültigkeit des Vertrags handelt, kann der eine erwarten, dass der andere ungefragt reden werde und kann daher das Verschweigen als ein Abläugnen, d. h. als ein Aequivalent positiver

---

[15]) cf. Köstlin in der Zeitschrift für Civilrecht u. Prozess, N. F. Bd. 14, S. 296 f. . . . . „Ein abstraktes Recht auf Wahrheit ist ein rechtliches Unding.“

[16]) Es soll nicht verkannt werden, dass diese Stellen nicht nur von einem Unterlassen der Aufklärung des Gegners über seinen Irrtum hinsichtlich des Wertes der Ware etc., sondern auch von unwahren Angaben über deren Eigenschaften und Anpreisungen handeln. cf. hierüber Ihering in Archiv 4, S. 248 u. namentlich Behrndt, S. 22 f.

[17]) Regelsberger, Pand. I, § 146.

[18]) Köstlin in der Zeitschrift für C.R. u. Pr., N. F. Bd. 14, S. 358.

Täuschung auffassen, welchem er sein ihm nachteiliges Thun unbedenklich zuweisen darf".

Auch wird man, worauf Ihering[19]) aufmerksam macht, hinsichtlich der Frage, wann *dolus* vorliegt, einen Unterschied zu machen haben unter den einzelnen Vertragsverhältnissen. „Bei gewissen Verträgen, wie z. B. Kauf und Miete, liegt für beide Teile das Motiv ihrer Eingehung im eigenen Interesse, und hier ist jeder Teil berechtigt, sich lediglich durch sein Interesse leiten zu lassen, auch wenn er weiss, dass der Vertrag dem Interesse des Gegners nachteilig ist; jeder sorgt für sich selber und darf dasselbe vom Gegner voraussetzen. Die blosse Thatsache der wissentlichen Uebervorteilung als solche, d. h. wenn sie nicht durch absichtliche Erregung oder Benutzung des fremden Irrtums erzielt ist, begründet daher in diesen Verhältnissen keinen *dolus:* cf. fr. 16, § 4 . . . *4, 4,* fr. 22, § 3 . . . *19, 2* (cf. oben S. 15), fr. 37 *de dolo malo 4, 3,* fr. 19 *pr. de aed. ed. 21, 1.* Ganz anders bei denjenigen Vertrags- oder Obligationsverhältnissen, welche, wie das Mandat, die Vormundschaft und die *negotiorum gestio* die Führung fremder Geschäfte zum Gegenstand haben. Bei ihnen liegt das Motiv zur Eingehung des Verhältnisses in dem Interesse des Geschäftsherrn, und dies Interesse bildet für den Geschäftsführer den massgebenden Gesichtspunkt, durch den er sich bei seiner ganzen Thätigkeit leiten lassen soll."

§ 3.

b) Der Täuschungsvorsatz.[20])

Der Vorsatz, den anderen zu täuschen, wird beim Betrüger dann vorhanden sein, wenn er weiss, dass durch sein Thun oder Unterlassen in dem anderen ein Irrtum erregt oder unterhalten wird. Denn der, welcher weiss, dass eine Handlung einen bestimmten Erfolg hat und trotz dieses Wissens die Handlung will, der will auch den Erfolg.[21])

Ein Beispiel hierfür bietet fr. 66, § 1 *de contr. empt. 18, 1. Pomponius: Si cum servitus venditis praediis deberetur nec commemoraverit venditor, sed sciens esse reticuerit, et ob id per ignorantiam rei emptor non utendo per statutum*

---

[19]) Ihering, Vermischte Schriften, S. 263.

[20]) Köstlin, Zeitschrift für Civilrecht und Prozess, N. F. Bd. 14, S. 324 f.

[21]) eb. Ziegler a. a. O. § 3. „Wer im Augenblick des Handelns weiss, dass die Handlung einen bestimmten Erfolg hat, der will diesen Erfolg."

tempus eam servitutem amiserit, quidam recte putant, venditorem teneri ex empto ob dolum.

Der Verkäufer weiss, dass sein Schweigen über die dem Grundstück zustehende Servitut einen Irrtum des Käufers über den Umfang seines Rechts erzeugt. Trotzdem verschweigt er die Servitut, will also den Irrtum des Käufers, und haftet deswegen aus dem Betrug.

Den Täuschungsvorsatz des Betrügers muss der Betrogene nachweisen.

Wenn ihm dieses auch bisweilen gelingen sollte, namentlich gestützt auf eine Offerte, einen Vorvertrag etc. und den davon — dem Betrogenen nicht ersichtlich — abweichenden Hauptvertrag, der in ihm die Meinung hervorrufen muss, die Sachlage sei noch dieselbe wie früher,[22]) so dürfte ein derartiger Nachweis eines innern Vorgangs doch in den meisten Fällen nicht gelingen. Man wird ihm deshalb in folgender Weise zu Hilfe kommen.

Hat nämlich der Betrüger wissentlich falsche Angaben gemacht — was der Betrogene zu beweisen hat —, so wird man unbedenklich behaupten dürfen, dass er um den hieraus folgenden Irrtum des Betrogenen gewusst und denselben also auch gewollt habe. Anders, wenn der Betrug durch Verschweigen von Thatsachen begangen worden ist. Hier wird man unterscheiden müssen, ob es sich um solche Thatsachen handelt, die im Verkehr allgemein von Bedeutung zu sein pflegen, auf die also auch der Betrüger und der Betrogene Gewicht legen, oder ob es sich um Thatsachen handelt, auf die nur der Betrogene Gewicht legt. Im ersteren Falle genügt wie oben der Beweis, dass der Betrüger den verschwiegenen Umstand gekannt habe, im letzteren dagegen muss der Betrogene weiter noch nachweisen, der Betrüger habe gewusst, dass er diesem Umstand Gewicht beilege. Denn nur in diesem Falle weiss der Betrüger um den Irrtum des Betrogenen und will ihn nach dem oben Gesagten also auch.

Hiermit stimmt auch Mommsen[23]) überein, der gleichfalls der Ansicht ist, dass es eines besonderen Beweises der Täuschungs-

---

[22]) Ein Beispiel möge das Gesagte erläutern: A. will sein Haus dem B. verkaufen und zeigt es ihm deshalb. Bei der Besichtigung finden beide es leer bis auf 10 eiserne Oefen. Kurz nach der Besichtigung schafft A., ohne dass B. es erfährt, die Oefen aus dem Hause. Darauf wird ein notarieller Kaufvertrag zwischen A. und B. abgeschlossen, in dem es heisst: „Das Haus wird mit allem, was sich zur Zeit darin und daran befindet, geliefert". Unter den „darin befindlichen" kann B. auf Grund der Besichtigung, die als Offerte aufzufassen ist, nur annehmen, dass es die 10 Oefen seien, während es in Wahrheit eine leere Klausel ist. Der Beweis der Täuschungsabsicht wird B. hier nicht schwer fallen.

[23]) Erörter. II, S. 146 f. Mommsen spricht von Täuschungsabsicht.

absicht im allgemeinen nicht bedürfe. Denn wenn der Verkäufer bei Abschluss des Kontrakts wissentlich falsche Behauptungen aufgestellt habe, so läge damit regelmässig die Absicht zu täuschen vor, da ein solches Verhalten keinen anderen Zweck haben könne. Das gleiche sei der Fall bei dem wissentlichen Verschweigen eines allgemein erheblichen Umstands. Denn hier müsse man davon ausgehen, dass der Verkäufer sich bewusst gewesen sei, dass der fragliche Umstand von Einfluss auf die Entschliessung des Käufers sein werde. Sei er sich aber dessen bewusst gewesen, so müsse man auch seine Absicht, den wirklichen Sachverhalt dem Käufer zu verheimlichen, ihn darüber zu täuschen, annehmen, und demgemäss dem Käufer nicht noch den Beweis hierüber auferlegen.

Für diese Ansicht (namentlich in Bezug auf das Verschweigen eines allgemein erheblichen Umstandes) — sagt Mommsen[24]) — sprächen zunächst innere Gründe. Denn die Absicht zu täuschen liesse sich als eine innere, der sinnlichen Wahrnehmung sich entziehende Thatsache, nicht direkt beweisen.

Bei allen inneren Thatsachen komme es deshalb darauf an, ob die Umstände derart seien, dass sie nach allen Regeln, welche Vernunft und Erfahrung an die Hand geben, einen Schluss auf das Vorhandensein der in Frage stehenden Thatsache rechtfertigten. Sei dieses der Fall, so müsse man die Thatsache als bewiesen ansehen, wenn gleich, wie bei jedem Beweis, die Möglichkeit des Gegenteils nicht ausgeschlossen sei.

Das letztere komme freilich nur in der Weise in Betracht, dass dem Beweisgegner der Gegenbeweis nicht abgeschnitten werden dürfe.

In allen oben bezeichneten Fällen wird also der Gegenbeweis des angeblichen Betrügers zulässig sein, der angeblich Betrogene habe gewusst, dass der ihm vorgespiegelte Umstand nicht vorhanden, bezw. der verschwiegene Umstand vorhanden gewesen sei. Man wird sogar weiter gehen dürfen und mit Mommsen[25]) den Gegenbeweis des angeblichen Betrügers zulassen können, er habe geglaubt, sein Gegner kenne den verschwiegenen Umstand, oder aber er (der Betrüger) habe die Bedeutung des von ihm verschwiegenen Umstands nicht erkannt. Denn in diesen Fällen würde eine vorsätzliche Verheimlichung nicht vorliegen.

Andere Motive, wie die Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen,[26]) den

---

[24]) a. a. O. S. 147.
[25]) **Mommsen, Erörter. II, S. 147.**
[26]) St.G.B. § 263.

andern zu schädigen etc., kommen civilrechtlich nicht in Betracht. Denn sie sind „auf den durch Betrug entstandenen Schaden ohne Einfluss, das Civilrecht verfolgt aber nur den Zweck, den Nachteil des Betrugs von den Betrogenen abzuwenden".[27])

In einem Widerspruch hierzu steht Goldschmidt,[28]) der als Voraussetzung des Betrugs die Absicht, den Betrogenen zu benachteiligen, hinstellt. Dem gegenüber bemerkt Ihering:[29]) „Die Annahme des *dolus* erfordert durchaus nicht die Absicht dem anderen zu schaden; nur in den seltensten Fällen ist diese Absicht das Motiv der dolosen Handlung, in den meisten Fällen besteht dasselbe vielmehr in dem eigenen Vorteil. Ja, es ist nicht einmal das letztere Motiv nötig. Der Kläger kann die Frage vom Motiv völlig umgehen, es reicht für ihn die Behauptung und der Nachweis aus, dass der Gegner wissentlich die Wahrheit verschwiegen oder entstellt habe."

Eb. Köstlin in der Zeitschrift für C.R. und Pr. N.F. 14, S. 328, 329.

Der gleichen Ansicht ist Mommsen,[30]) der die — auch von ihm — bekämpfte Ansicht Goldschmidt's damit zu erklären sucht, dass man irrigerweise die dem Getäuschten zustehende Klage als gewöhnliche Entschädigungsklage aufgefasst habe, während die *a. doli* resp. Kontraktsklage in Wirklichkeit eine Restitutionsklage sei. Das, worauf es allein ankomme, sei, dass der Verkäufer durch seinen *dolus* den Käufer dazu verleitet habe, den Vertrag überhaupt, oder doch in der Weise, wie es geschehen sei, abzuschliessen. Die Verpflichtung des Verkäufers bestände deshalb auch darin, den Käufer in die Lage zu versetzen, in welcher er ohne das dolose Verhalten des Verkäufers sich befunden haben würde. Wie wir weiter unten S. 41 ff. sehen werden, findet deshalb die Klage auf Preisminderung oder Rescission selbst dann statt, wenn der Betrüger zu einem angemessenen oder gar zu einem niedrigeren Preise die Sache verkauft hat.

§ 4.

c) Der Irrtum des Betrogenen.

Als ein weiteres Erfordernis zum Thatbestand des Betruges war oben der Irrtum des Betrogenen hingestellt.

Was die Art dieses Irrtums anbetrifft, so wird man unterscheiden müssen zwischen dem Geschäftsirrtum oder, wie Savigny[31])

---

[27]) Ziegler a. a. O. § 3 a. E.
[28]) Der Lukka-Pistoja-Aktienstreit S. 79 f.
[29]) Archiv für civ. Pr., N. F. IV, S. 268, 269.
[30]) a. a. O. S. 148, ebenso Behrndt § 5, R.G.Entsch. Bd. 23, Nr. 25.
[31]) Savigny, System Bd. 3, S. 264 u. 444.

ihn nennt, unechten Irrtum, der einen Zwiespalt zwischen Willen und Erklärung veranlasst, und dem Irrtum im Beweggrunde. Liegt ein Geschäftsirrtum vor, und ist dieser wesentlich, so fehlt es an einem *consensus* und der Vertrag ist nichtig. Der Irrtum ist hier also ausschlaggebend. Liegt dagegen zwar ein Geschäftsirrtum vor, aber ein unwesentlicher, an den das Recht keine Nichtigkeit knüpft (z. B. ein Irrtum über Accessionen), oder liegt gar ein Irrtum im Beweggrund vor, und ist ein derartiger Irrtum vom Gegner absichtlich hervorgerufen oder benutzt worden, so ist es nur der Betrug, der hier in Betracht kommt. Damit man also von einem besonderen Einflusse des Betrugs sprechen kann, müssen solche Irrtumsfälle vorliegen.[32],[33])

Hier soll nur hervorgehoben werden, dass eine Streitfrage darüber besteht, ob dieser Irrtum ein entschuldbarer sein müsse, oder auch ein unentschuldbarer sein könne, die herrschende Meinung[34]) aber dahin geht, dass es auf die Entschuldbarkeit des Irrtums nicht ankomme. Windscheid[35]) motiviert seine (die herrschende) Ansicht damit, dass der Grund der dem Betrogenen gewährten Rechte eben nicht in dem Irrtum als solchem gefunden werden dürfe (die Natur dieses Irrtums also gleichgültig sei), derselbe liege vielmehr in dem Irrtum in seinem Verhältnisse zum *dolus* des Betrügers.

Aehnlich eine Entscheidung des Obertribunals zu Stuttgart in Seuffert's Archiv f. Entsch. Bd. 13 Nr. 86: Auf die Entschuldbarkeit oder Unentschuldbarkeit des durch den Betrug hervorgerufenen Irrtums komme es nicht an. Denn der Grund für die dem Betrogenen gewährte Hilfe liege nicht in seinem Irrtume, sondern in der Unrechtlichkeit des Betrügers, letztere aber würde durch die Unachtsamkeit des Betrogenen weder aufgehoben noch gemindert.

Für die Richtigkeit ihrer Ansicht kann die herrschende Meinung eine Anzahl Belegstellen aus den Quellen anführen, die nunmehr besprochen werden sollen. Zunächst fr. 1, § 2, *de eo per quem 2, 10: Dolum autem malum sic accipimus, ut si*

---

[32]) cf. namentlich Vangerow, Pand. III, § 605, Anm. 1. Vgl. auch Dernburg, Pand. I, § 101 u. 104. Windscheid, Pand. I, § 78. Köstlin in der Zeitschrift für C.R. u. Pr., N. F. 14, S. 332.

[33]) Ist das Rechtsgeschäft infolge eines wesentlichen Geschäftsirrtums nichtig, und wird durch diese Nichtigkeit nicht aller Schade des Betrogenen aufgehoben, so kann er Ersatz mit der *actio de dolo* vom Betrüger verlangen. cf. *fr. 7 pr. de dolo m. 4, 3.* Vgl. auch Vangerow, § 605, Nr. 6.

[34]) Windscheid, Pand. I, § 79, Anm. 4. Ihering im Archiv S. 279 bis 281. Köstlin a. a. O., S. 341 f. Ziegler a. a. O., S. 9 etc.

[35]) Windscheid, Pand. I, § 79 Anm. 4. II, § 486, 2.

quis venienti ad iudicium aliquid pronuntiaverit triste, propter quod is necesse habuerit, ad iudicium non venire, teneatur edicto, quamvis quidam putent, sibi eum imputare, qui credulus facit.

Ulpian erklärt hier, es sei *dolus*, wenn A. dem B., der sich auf dem Wege zum Gericht befände, fälschlicherweise eine Trauerbotschaft mitteilt, die diesen umzukehren und so den Termin zu versäumen veranlasst. Ausdrücklich wird die entgegengesetzte Ansicht einiger Juristen verworfen, dahin gehend, dass B. die Folgen seiner (unentschuldbaren) Leichtgläubigkeit sich selbst zuzurechnen habe.

2. Fr. 9 *pr. de d. m. 4, 3.*

Si quis affirmavit, minimam esse hereditatem et ita eam ab herede emit, non est de dolo actio, cum ex vendito sufficiat.

Ist hier der Irrtum des Erben, in den ihn der Erbschaftskäufer versetzt hat, nicht gänzlich unentschuldbar? . . . . . Und trotzdem giebt auch hier Ulpian dem Erben wegen des Betrugs eine Klage gegen den Käufer. — Zum Schluss möge noch eine Entscheidung von Gaius angeführt werden, der gleichfalls, trotz des unentschuldbaren Irrtums des Erben die Klage aus dem Betruge gewährt:

Fr. 23 *de dolo m. 4, 3: Si legatarius, cui supra modum legis Falcidiae legatum est, heredi adhuc ignoranti substantiam hereditatis ultro iurando vel quadam alia falacia persuaserit, tamquam satis abundeque ad solida legata solvenda sufficiat hereditas, atque eo modo solida legata fuerit consecutus: datur de dolo actio.*

Betrachten wir nun die Quellenstellen, auf die sich die Gegner[36]) der vertretenen Ansicht stützen, um zu beweisen, dass unentschuldbarer Irrtum die Klage aus dem Betruge ausschliesse.

Es ist dies 1) fr. 203 *de reg. iuris 50, 17: Quod quis ex sua culpa damnum sentit, non intellegitur damnum sentire.*

Die Stelle ist, wie der Zusammenhang und die Form ergiebt, ein Rechtssprichwort, das in dieser allgemeinen Fassung für unsere Frage ohne Bedeutung ist, zumal auf den Betrug kein Bezug genommen ist.[37])

2) Fr. 43 § 1 *de contr. empt. 18, 1: Quaedam etiam pollicitationes venditorem non obligant, si ita in promptu res sit,*

---

[36]) Mommsen, Beiträge I, S. 108, Anm. 12. Goldschmidt I, S. 72 etc.

[37]) Ebenso Ihering im Archiv für civ. Pr., N. F. IV, S. 280: „Allgemeine Aussprüche, wie der bekannte der *l. 203 de R.J. 50, 17*, bei denen gerade der entscheidende Punkt des *dolus* von der andern Seite nicht berührt ist, verdienen keine Berücksichtigung.“ Eb. Ziegler, a. a. O., § 4.

ut eam emptor non ignoraverit. Veluti si quis hominem luminibus effossis emat et de sanitate stipuletur. Nam de cetera parte corporis potius stipulatus videtur, quam de eo, in quo se ipse decipiebat.

Jemand kauft einen Sklaven, dem die Augen ausgestochen sind, und lässt sich dabei vom Verkäufer ein Versprechen über die *sanitas* des Sklaven geben. Dieses Versprechen soll den Verkäufer hinsichtlich der Augen nicht binden; denn diesen deutlich sichtbaren Fehler musste der Käufer bemerken.

Wenn er sich nun ein Versprechen ausstellen liess, des Inhalts, der Verkäufer stehe hier für die *„sanitas"* des Sklaven ein, im Glauben, darauf gestützt Ansprüche gegen den Verkäufer auch wegen dieses ihm bekannten Fehlers geltend machen zu können, so täuscht er eben sich selbst: *„se ipse decipiebat"*.[38])

Wie man hieraus den Satz ableiten will: bei unentschuldbarem Irrtum des Betrogenen werde keine Klage gegen den Betrüger gegeben, ist unersichtlich.[39]) Man müsste denn — wie auch in der That versucht worden — aus den Worten: *„se ipse decipiebat"* einen *dolus* des Verkäufers konstruieren; ein geradezu gewagtes Beginnen!

Auf die weiteren Belegstellen für die bekämpfte Ansicht, die l. 14, § 10 und die l. 55. *D. de aed. edicto 21, 1* ist nicht weiter einzugehen, da sie von dem Anspruch des Käufers nach den Bestimmungen des ädicilischen Ediktes handeln, das ja gerade von einem Betruge des Verkäufers vollständig absieht. —

Somit ist auch der quellengemässe Beweis erbracht, dass es bei dem Anspruche aus dem Betruge nicht darauf ankommt, ob der Irrtum des Betrogenen entschuldbar ist oder nicht.

§ 5.

d) Der Kausalzusammenhang zwischen der nachteiligen Willenserklärung und dem Irrtum des Betrogenen.

Wir kommen nun zu der heftig bestrittenen Frage, ob der Kausalzusammenhang zwischen der nachteiligen Willenserklärung und dem Irrtum des Betrogenen zum Klaggrund gehöre oder nicht. Zunächst sollen die Stimmen für und wider, sowie die angeführten Belegstellen angegeben werden, um sodann an eine Prüfung letzterer heranzutreten.

---

[38]) Eb. Behrndt, S. 28. Ziegler a. a. O., § 4.

[39]) Ihering, a. a. O. S. 280, bemerkt zu dieser Stelle: „Allerdings wird in manchen Stellen das Wissenmüssen dem Wissen gleichgestellt, so in *fr. 43, § 1, de contr. empt. 18, 1,* allein auch hier ohne Beziehung auf den *dolus* des Gegners."

Nach Ziegler[40]) muss gerade jener Irrtum des Betrogenen der Grund sein, aus welchem der Vertrag überhaupt oder wenigstens unter den vorliegenden Modalitäten abgeschlossen wurde. Die Thatsache, über welche sich der Betrogene infolge des Betrugs im Irrtum befindet, muss daher von der Art sein, dass sie auf die Willenserklärung des Betrogenen von Einfluss ist, dass derselbe also bei Kenntnis der wahren Sachlage den Vertrag gar nicht, oder doch nicht unter diesen Modalitäten abgeschlossen haben würde.

Goldschmidt[41]) sieht gerade in dieser Kausalität der Täuschung den eigentlichen „Nerv der Sache". Gegen diese Ansicht ist Ihering[42]) in seinem Gutachten über den Lukka-Pistoja-Aktienstreit aufgetreten.

Der Kausalzusammenhang zwischen der Täuschung und der nachteiligen Willenserklärung gehöre nicht zum Klaggrunde. Wie sollte der Betrogene auch diesen Nachweis erbringen? Die Einwirkung des Irrtums auf seinen Entschluss sei ein innerer Vorgang, der sich jeder äusseren Wahrnehmung entziehe, und dessen Nachweis selbst durch Aeusserungen gegen den Betrüger oder dritte Personen, welche den bestimmenden Einfluss der irrig vorausgesetzten Thatsache für den Entschluss des Handelnden kund gäben, nicht als erbracht gelten könne. Einen so widersinnigen, den Wert jener Klagen so gut wie aufhebenden Beweis habe das römische Recht nirgends verlangt. Ueberall, wo dasselbe des Anspruchs aus dem *dolus* gedenke, erscheine als einzige Bedingung desselben der *dolus* des Beklagten; der Einfluss, den derselbe auf die Vorstellung und den Entschluss des Klägers ausgeübt habe, dass letzterer dadurch getäuscht und durch diese Täuschung zu seinem Handeln veranlasst worden sei, gehöre nicht zum Klaggrunde und der einzige Einwand, der dem Beklagten dem gegenüber offenstehe, sei der, dass Kläger den wahren Sachverhalt gekannt habe.

Die Quellenstellen, die Ihering zum Beweis der Richtigkeit seiner Behauptungen anführt, sind folgende:

1. Fr. 39 *pr. de a. e. v. 19, 1.*

Quaero, si quis ita fundum vendiderit, ut id venum datum esse videatur, quod intra terminos ipse possedit, sciens tamen aliquam partem certam se non possidere non certioraverit emptorem, an ex empto iudicio teneatur, cum haec generalis adiectio ad ea, quae specialiter novit, qui vendidit

---

[40]) a. a. O. S. 10.
[41]) a. a. O. S. 73 f., ähnlich Köstlin a. a. O. S. 310, 311.
[42]) a. a. O., Archiv f. pr. Rw., S. 300 f.

nec excepit, pertinere non debeat ne alioquin emptor capiatur, qui fortasse, si hoc cognovisset, vel empturus non esset, vel minoris empturus esset, si certioratus de loco certo fuisset.

Der Verkäufer, der weiss, dass sich in seinem Grundstück fremde Enklaven befinden und dieses dem Käufer nicht mitteilt, vielmehr sich durch die Erklärung zu sichern sucht, er übertrage dem Käufer alles, was ihm selber an jenem Grundstück gehöre, haftet dem Käufer schlechthin wegen *dolus*. Die Frage: würde der Käufer das Grundstück auch erworben haben bei Kenntnis der fremden Enklaven, weil der Kaufpreis z. B. sehr niedrig war, wird gar nicht berührt, vielmehr schlechthin Haftung des Verkäufers ausgesprochen. Grund dafür sei — sagt Ihering —, dass die Umstände, die der Verkäufer hier verschweigt, solche seien, auf welche jeder beim Abschluss eines Kaufvertrags regelmässig Gewicht zu legen pflege, sie seien an sich relevant. Dass sie auch im konkreten Fall das Interesse des Käufers berührten, brauche daher nicht erst nachgewiesen zu werden. Das beweise schlagend die Begründung der Entscheidung: *ne alioquin etc.*

2. Fr. 4, § 4 *de aed. ed. 21, 1: In summa, si quidem animi tantum vitium est, redhibere non potest, nisi si dictum est, hoc abesse et non abest: ex empto tamen agi potest, si sciens id vitium animi reticuit: si autem corporis solius vitium est, aut et corporis et animi mixtum vitium, redhibitio locum habebit.*

Die *actio redhibitoria* soll nicht gegeben sein bei *vitia animi* eines Sklaven, es sei denn, dass der Verkäufer die Abwesenheit dieser Mängel ausdrücklich zugesichert hatte. Die *actio ex empto* soll dagegen wegen *dolus* Platz greifen, wenn der Verkäufer wissentlich diese Mängel verschwieg.

Also auch hier Haftung wegen Betrugs schlechthin, ohne Rücksicht darauf, ob der Mangel für den betreffenden Käufer wesentlich war oder nicht.

3. Fr. 8 *de dolo malo 4, 3.*

Quod si cum scires, eum facultatibus labi, tui lucri gratia affirmasti mihi idoneum esse, merito adversus te, cum mei decipiendi gratia alium falso laudasti, de dolo iudicium dandum est.

Ziegler[43]) bemerkt zu dieser Stelle, der Kläger müsse behaupten und nachweisen, dass er durch die Vorspiegelung der Solvenz des dritten getäuscht wurde, und dass er grade auf Grund dieser Täuschung das Darlehen gab.

---

[43]) a. a. O. S. 13.

Ihering[44]) dagegen ist der Ansicht, dieser Stelle zufolge hafte *ex dolo*, wer den Darleiher wissentlich über die Solvenz des andern täusche, möge der Dahrlehnsgeber nun mit Rücksicht auf die Solvenz des Empfängers das Darlehen gegeben haben oder mit der Absicht und in der Hoffnung, diesen zu retten.

4. Fr. 9, § 1, *de dolo malo 4, 3: Si autem mihi persuaseris, ut repudiem hereditatem quasi minus solvendo sit, vel ut optem servum, quasi melior eo in familia non sit: dico de dolo dandam, si callide hoc feceris.*

Auch hier wird Haftung *ex dolo* ausgesprochen, „obgleich es doch den römischen Juristen nicht unbekannt war, dass auch solvente Erbschaften ausgeschlagen wurden“,[45]) ebenso bei der Ueberredung zur *servi optio*, „obschon die Wahl des Legatars nicht immer durch den objektiven Wert des Sklaven, sondern auch durch subjektive, individuelle Neigungen und Passionen geleitet werden kann“.[45])

Schliesslich erwähnt Ihering[45]) noch fr. 11, §§ 15 und 16 *de a. e. v. 19, 1* und

Fr. 9 *pr. de d. m. 4, 3* und bemerkt dazu, dass auch hier die Haftung *ex dolo* schlechthin ausgesprochen werde, ohne dass dabei die Frage aufgeworfen würde, ob der Betrogene nicht etwa auch bei wirklicher Kenntnis des wahren Sachverhalts das Geschäft dennoch abgeschlossen haben würde.

Diese Stellen, die Ihering dafür zum Beweise anführt: „dass der Kausalzusammenhang nicht zum Klaggrunde gehöre und auch nicht einredeweise entgegengesetzt werden könne“, (s. oben) sprechen teils überhaupt nicht von den Voraussetzungen des Betrugs, teils nicht von sämtlichen Voraussetzungen. Fr. 11, §§ 15 und 16 (oben 5) handelt von der Verpflichtung des Verkäufers dem Käufer gegenüber bei Eviktion und spricht am Schluss die Haftung des Verkäufers aus, wenn er wissentlich eine fremde Sache verkauft hat.

Fr. 4, § 4 *de aed. ed. 21, 1* (oben No. 2) handelt, wie ihr Zusammenhang ergiebt, von der Anwendung des ädilicischen Edikts, das bei psychischen Gebrechen keine Anwendung finden soll; dagegen soll bei wissentlichem Verschweigen des Mangels die Klage aus dem Betruge gegen den Verkäufer gegeben sein.

In den Stellen, in denen schlechthin die Haftung wegen Betrugs ausgesprochen wird, ohne dass ein Beweis des Kausalzusammenhangs verlangt wird, wie in fr. 39 *pr. de a. e. v. 19, 1* (oben No. 1), fr. 8 *de dolo malo 4, 3* (oben No. 3), fr. 9, § 1 *de*

---

[44]) a. a. O. S. 304.
[45]) Ihering a. a. O., S. 305.

dolo malo 4, 3 (oben No. 4) handelt es sich um Thatsachen, die an sich von Bedeutung sind und auf die im Verkehr bei derartigen Geschäften Wert gelegt wird.

So kommen wir zu dem Resultat, dass in den Fällen, in denen der Umstand, auf den sich die Täuschung bezogen hat, nach den im Verkehr herrschenden Anschauungen derartig von Bedeutung ist, dass jedermann ohne diesen Umstand den Vertrag nicht abgeschlossen haben würde, ein Beweis des Kausalzusammenhanges vom Betrogenen nicht verlangt wird.[46])

Dann aber muss der Betrogene den Kausalzusammenhang anführen und beweisen, wenn zwar *er* ohne den Umstand den Vertrag nicht abgeschlossen haben würde, *im Verkehr* aber dieser Umstand als unerheblich betrachtet wird.[47])

Zu dem gleichen Resultat kommt eine Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts vom 16. Mai 1879:[48]) „Indem der 2te Richter annimmt, dass der angeblich Betrogene, sofern er das wissentlich unrichtige Vorbringen einer Thatsache, welche geeignet erscheint, den Entschluss eines verständigen Mannes in Bezug auf den Vertragsabschluss zu bestimmen, beweist, nicht noch besonders den subjektiven, inneren Vorgang, dass er durch jenes Vorbringen bestimmt worden, zu beweisen hat, befindet er sich im vollen Einklange mit den diesseitigen Ausführungen in der Entscheidung des Vorprozesses zwischen den Parteien,[49]) von welchen abzugehen kein Anlass vorliegt. Die gedachte Annahme findet ihre Rechtfertigung einmal darin, dass überhaupt, sofern es sich um den Nachweis der Bewirkung eines innern Vorgangs durch eine Thatsache handelt, der Beweispflichtige von der regelmässigen Wirkung auf eine normale Komplexion eines verständigen und in seinen Angelegenheiten sorgfältigen Menschen muss ausgehen dürfen, und ferner noch besonders darin, dass, wer wissentlich eine falsche erhebliche Thatsache zum Zweck der

---

[46]) Dagegen kann der Beklagte (Betrüger) nachweisen, dass gerade der Kläger (Betrogene) auf diesen allgemein relevanten Umstand keinen Wert gelegt habe (siehe auch unten S. 27).

[47]) Damit übereinstimmend Behrndt a. a. O., S. 8, im Anschluss an Mommsen, Erört. II, S. 155, ohne auf die einzelnen Quellenstellen einzugehen: An sich müsse der Betrogene zur Begründung seines Anspruchs den Kausalnexus zwischen seinem Irrtum und der von ihm abgegebenen Willenserklärung darlegen und evtl. beweisen. Dies erleide aber überall da eine Ausnahme, „wo der Umstand, auf welchen sich die Täuschung bezogen habe, so erheblich sei, dass man nach den Regeln einer vernünftigen Wahrscheinlichkeit annehmen müsse, der Betrogene würde den Vertrag nicht abgeschlossen haben, wenn ihm der wahre Sachverhalt bekannt gewesen wäre".

[48]) Seuffert's Archiv Bd. 36, Nr. 7.

[49]) Seuffert's Archiv Bd. 34, Nr. 146.

Einwirkung auf den andern vorbringt, damit ausdrücklich zu erkennen giebt, wie er selbst voraussetzt, jene Thatsache werde auch für den andern erheblich sein. — Sache des mit der *actio ex dolo* Beklagten ist es vielmehr, zur Beseitigung des Schlusses aus der Erheblichkeit der Thatsache an sich auf deren Bedeutsamkeit auch für den Kläger Umstände nachzuweisen, aus denen sich ergiebt, dass Kläger auf diese Thatsachen sein Augenmerk nicht gerichtet, keinen entscheidenden Wert gelegt habe. Völlig abzuweisen aber als nicht zur Sache gehörig ist die Erörterung der Hypothese, ob der Kläger nicht doch, auch wenn jene Thatsache nicht vorgebracht worden wäre, sich zum Geschäftsabschluss entschlossen hätte.“

Wenn auch Ihering — wie oben ausgeführt — als Erfordernis des Klaggrundes den Kausalzusammenhang nicht anerkennt, so scheint er,[50]) wie Ziegler,[51]) unseres Erachtens mit Recht, hervorhebt, seine Ansicht auf jene Fälle einschränken zu wollen, in welchen die Täuschung einen Umstand betrifft, der nach den Grundsätzen des Verkehrs schon an sich von Interesse ist. „Mit dieser Einschränkung“ — die mit obigen Erörterungen übereinstimmen würde — „müsste man seiner Ansicht wohl beistimmen“.[51])

Zweiter Abschnitt.

Die rechtlichen Folgen des Betrugs.

§ 6.

Der Einfluss des Betrugs auf den Bestand des Vertrags.

Die ältere gemeinrechtliche Theorie und Praxis[1]) nahm an, ein *dolus causam dans*[2]) mache den Vertrag nichtig, ein *dolus incidens* dagegen gewähre nur ein Anfechtungsrecht. — Diese Unterscheidung wurde namentlich von Noodt verworfen, der in seiner Schrift: *„de forma emendandi dol imali in contrahendis negotiis admissi“* behauptete, jeglicher Betrug mache den Vertrag nichtig.

Dass Betrug an sich, abgesehen von anderen Nichtigkeitsgründen wie wesentlicher Irrtum[3]) etc. den Vertrag nicht nichtig

---

[50]) a. a. O. Archiv S. 305.
[51]) a. a. O. S. 10, Anm. 19.
[1]) cf. S. 29 und Anm. 4.
[2]) Näheres über diese Unterscheidung s. unten § 7.
[3]) Siehe oben S. 20 ff.

macht, ist heute herrschende Meinung. So sagt Dernburg[4]): „Die älteren Schriftsteller unterscheiden zwischen *dolus causam dans* und *dolus incidens*. Beim *dolus causam dans* sollte das Geschäft nichtig, beim *dolus incidens* nur anfechtbar sein. Dies ist quellenwidrig. Betrug als solcher begründet stets nur Anfechtbarkeit."

Vangerow[5]): „Gewiss mit Recht erklären sich aber die meisten neueren gegen diese Ansichten (Nullitätstheorie), indem sie vielmehr von dem Grundsatze ausgehen, dass auch ein *contractus bonae fidei* durch einen dabei vorkommenden *dolus* niemals vernichtet wird, sondern dem Betrogenen stets nur dem Betrüger gegenüber ein Anspruch auf Schadloshaltung zusteht."

Windscheid[5a]): „Ist ein Irrtum im Beweggrunde vom Gegner in betrügerischer Absicht hervorgerufen worden, so ist in diesem Falle der ausgesprochene Wille immer noch der wirklich vorhandene Wille, und in sofern erklärt das Recht die abgegebene Erklärung auch jetzt noch nicht für nichtig. . . . Das Gegenteil behauptete die früher herrschende Meinung bei *bonae fidei negotia*, entweder für den Betrug überhaupt oder für den *dolus causam dans*."

---

[4]) Pand. I, § 104.

Uebrigens drehte sich die Streitfrage nur um *bonae fidei negotia;* dass der Betrug nie Nichtigkeit eines *stricti iuris negotium* herbeiführe, wurde allgemein anerkannt, ebenso, dass der Betrogene sich hier nur mit einer *actio* und *exceptio doli* helfen könne, ausserdem noch mit der *actio ex stipulatu* bei solchen *negotiis stricti iuris,* denen die *clausula doli* beigefügt war.

Fr. 7 § 3 *de d. m. 4, 3,* fr. 31 *de rec. arb. 4, 8,* fr. 4 § 16 *de d. exc. 44, 4* (cf. auch unten 46).

So sagt Glück, Pand. IV S. 120 f. nachdem er davon gesprochen, dass bei *dolus causam dans* der Vertrag nichtig, bei *dolus incidens* dagegen gültig und nur eine Modifikation desselben nötig sei: „Das römische Recht befolgt diese Grundsätze nicht durchaus, sondern macht einen Unterschied zwischen *bonae fidei* und *stricti iuris* Kontrakten. . . . . Bei *bonae fidei* Kontrakten musste ein *dolus causam dans* Nichtigkeit für den ganzen Vertrag nach sich ziehen. . . . . Dagegen hatte der *dolus* auf einen *stricti iuris* Kontrakt keinen Einfluss, nach den Gesetzen war er vielmehr ganz gleichgültig, nur das prätorische Hilfsmittel (s. oben) entkräftete ihn."

Da aber heute alle Verträge *bonae fidei* sind, *negotia stricti juris* nicht mehr existieren, so dehnte die Nullitätstheorie ihre Lehre von der Nichtigkeit der Verträge bei *dolus causam dans* auf alle Verträge aus. cf. namentlich Glück a. a. O. S. 127.

[5]) Vangerow, Pand. III, § 605, Anm. 1, II.

[5a]) Windscheid, Pand. I, § 78 und Anm. 5, ferner Bechmann II, § 199. Regelsberger, Pand. I, § 146, I, Arndts, Pand. I, Anm. 5a, § 62. Savigny, System III, § 115. Ziegler a. a. O. § 9. Keudell a. a. O. S. 17 f. Behrndt a. a. O. § 8. Blitz, § 3.

Die Streitfrage hat also heute nur historische Bedeutung; deshalb sollen hier nur die hauptsächlichsten Argumente der Anhänger der sogenannten Nullitätstheorie sowie ihrer Gegner kurz erörtert werden.

Die Hauptbeweisstelle der Anhänger der Nullitätstheorie ist fr. 7 *pr. de dolo malo 4, 3;* auf den ersten Blick scheint sie auch deren Behauptung zu bestätigen.

Ulpianus: *Et eleganter Pomponius haec verba „si alia actio non sit" sic exipit, quasi res alio modo ei, ad quem ea res pertinet, salva esse non poterit. Nec videtur huic sententiae adversari, quod Julianus libro quarto scribit, si minor annis viginti quinque consilio servi circumscriptus eum vendidit cum peculio emptorque eum manumisit, dandam in manumissum de dolo actionem (hoc enim sic accipimus, carere dolo emptorem, ut ex empto teneri non possit) aut nullam esse venditionem, si in hoc ipso, ut venderet, circumscriptus est. Et quod minor proponitur, non inducit in integrum restitutionem, nam adversus manumissum nulla in integrum restitutio potest locum habere.*

Ein Sklave veranlasst betrügerischerweise seinen minderjährigen Herrn, ihn mit dem Pekulium zu verkaufen. Julian giebt dem Verkäufer gegen den vom Käufer freigelassenen Sklaven die *actio de dolo.* Diese Entscheidung Julians billigt Ulpian, jedoch nur unter der Voraussetzung, dass der Käufer sich keines Betrugs schuldig gemacht habe, da in diesem Falle die Klage als *actio venditi* gegen den Käufer gehe (und die *actio de dolo* gegen den Freigelassenen ausschliesse), oder aber der Kauf sei nichtig *„si in hoc ipso, ut venderet, circumscriptus est".*

Dem Anscheine nach hat der Jurist hier einander gegenübergestellt *„carere dolo emptorem"* und *„aut nullam esse venditionem".*

So sieht namentlich Glück[6]) in dem mit *aut* eingeleiteten Satze das Gegenstück zum vorhergehenden *„carere dolo emptorem".* In dem mit *aut* eingeleiteten Satze werde angedeutet, dass der Käufer *in dolo* sei; dieser *dolus* aber begründe als *dolus causam dans („si in hoc ipso, ut venderet, circumscriptus est")* Nichtigkeit des Vertrages, *„nullam esse venditionem".*

Demgegenüber ist Vangerow[7]) der Ansicht, das *carere dolo*

[6]) Glück, Pand. IV, S. 116 f.

[7]) Vangerow, Pand. § 605, Anm. 1, 4.

Uebrigens muss bemerkt werden, dass Vangerow einen von dem oben citierten etwas abweichenden Text benutzt; er setzt hinter *dandam in*

emptorem sei auch auf den mit *aut* eingeleiteten Satz zu beziehen, so dass in allen Fällen der Betrug nicht vom Käufer, sondern vom Sklaven ausgegangen ist, also von einer Nichtpartei.

Schliesst man sich aber dieser unseres Erachtens richtigen Ansicht an, so hat die betreffende Stelle damit alle Beweiskraft für die Anhänger des Nullitätssystems verloren. Denn diese behaupten nur, der von einem Kontrahenten verübte Betrug mache das Rechtsgeschäft nichtig, nehmen dagegen einstimmig an, dass der von einem Nichtpaziszenten verübte Betrug den Vertrag nie nichtig mache.[8])

In dem oben besprochenen Falle beruht die Nichtigkeit des Vertrags, wie Vangerow[7]) annimmt, darauf, dass der Verkäufer durch den Betrug des Sklaven in einen wesentlichen Geschäftsirrtum versetzt und dadurch zum Verkaufe veranlasst worden ist. Vangerows Annahme dürfte die richtige sein.[9])

Nach Bechmann[10]) dagegen bedarf es gar nicht der Annahme eines durch den Betrug veranlassten wesentlichen Irrtums; seiner Ansicht nach liegt hier eine das ganze Geschäft umstossende Anfechtbarkeit vor (dies sei der Inhalt des Ausdrucks *„nullam esse venditionem“*), die formell keiner *exceptio* bedürfe.

Einen weiteren Beweis für die Nichtigkeit des infolge von *dolus* zustande gekommenen Vertrags sah man in den Aussprüchen: *„exceptio doli inest bonae fidei iudiciis“* und *„officio iudicis continetur in iudiciis bonae fidei et dolum spectare“*.

Wie Keudell[11]) annimmt, haben wahrscheinlich gerade diese beiden Sätze den Anlass zur Nullitätstheorie gegeben.

Daraus nämlich, dass der *iudex* den *dolus* bei der Urteilssprechung berücksichtigen müsse, auch ohne dass die *exceptio doli* vorgebracht worden sei, zog man den Schluss, dass diese Sätze auf der Nichtigkeit des durch Betrug herbeigeführten *bonae fidei* Kontrakts beruhten.[12])

In Wahrheit aber beruhen sie darauf, dass bei *bonae fidei*

---

manumissum de dolo actionem einen Punkt und lässt die darauf folgende Klammer (s. oben) aus.

[8]) So Glück a. a. O. S. 131 und die dort Anm. 46 c cit. Schriftsteller. Er sagt, dass die meisten Rechtsgelehrten der Ansicht seien, dass ein Vertrag, des Betrugs eines Dritten ungeachtet, unter den Kontrahenten selbst bestehe und verwirft ausdrücklich die Ansicht Leysers, der dann, wenn der Betrug von einem Dritten ausgeht, aus Billigkeitsrücksichten den Vertrag aus dem Gesichtspunkt des Irrtums für nichtig erklären will.

[9]) Ebenso Ziegler a. a. O., S. 26.

[10]) Kauf II, S. 298, 299.

[11]) a. a. O., S. 22.

[12]) cf. Ziegler a. a. O., S. 28. Behrndt a. a. O., S. 37.

Kontrakten der Prätor den *iudex* anwies zu entscheiden *ex fide bona;* der *bona fides* aber widerspricht der Betrug. Deshalb braucht auch die *exceptio doli* nicht in der *formula* enthalten zu sein und ist der Richter verpflichtet, sie zu berücksichtigen, auch wenn sie erst in *judicio* vorgebracht wird.

So sagt Windscheid[13]): „Im *bonae fidei iudicium* war die *exceptio doli* (wie überhaupt eine *exceptio)* nicht nötig, sowie der *dolus* in demselben auch klageweise geltend gemacht werden konnte. Denn *contrarius est dolus bonae fidei* cf. c. 5, *de resc. vend. 4, 44.*"

Betrachten wir die Konsequenzen der Auffassung, die die Anhänger der Nullitätstheorie von obigen Sätzen haben, so ergiebt sich die Unrichtigkeit dieser Auffassung ohne weiteres. Die *exceptio doli* nämlich umfasst sowohl die *exceptio doli specialis* als auch die *exceptio doli generalis.* Da nun in letzterer alle Einreden zusammengefasst wurden,[14]) so wäre in allen den Fällen, in denen eine Einrede vorliegt, der Vertrag nichtig![15])

Und was die *exceptio dol ispecialis* anbetrifft, so lässt sich gerade mit ihr der Gegenbeweis wider die Nullitätstheorie führen. Denn wäre der dolose Vertrag nichtig, der Inhalt der *exceptio doli specialis* also Nichtigkeit, so müsste sie jedem Dritten entgegengehalten werden können, während sie in Wahrheit nur gegen den Betrüger, dessen Erben, Cessionar und Singularsuccessor *ex lucrativa causa* geht.[16])

Ein weiterer Gegenbeweis wider die Nullitätstheorie liegt darin, dass das auf *dolus* beruhende Geschäft noviert werden kann:[17]) fr. 19 *de nov. 46, 2.* Paulus: *Doli exceptio, quae poterat deleganti opponi, cessat in persona creditoris cui quis delegatus est.*

---

[13]) Windscheid a. a. O. § 78, Anm. 6. eb. Vangerow, Pand. III, § 605, Anm. 1.

[14]) *fr. 2, § 5, de doli m. et m. exc. 44, 4. fr. 12 eod.* auch *fr. 36 de verb. obl. 45, 1.* cf. namentlich auch Hänel, Ueber das Wesen und den heutigen Gebrauch der *actio* und *exceptio doli.* Arch. f. civ. Pr., Bd. 12, S. 408 f.

[15]) Vangerow a. a. O. III, § 605, Anm. 1 No. 1. Man müsste also konsequent den Satz aufstellen: „dass in allen Fällen, in denen es bei einem *negotium stricti juris* einer Einrede bedarf, das *negotium bonae fidei ipso jure* annulliert wird, ein Satz, der gewiss keiner besonderen Widerlegung bedarf." Aehnlich Ziegler a. a. O., S. 30. Blitz a. a. O., S. 20 f.

[16]) s. unten S. 50 f., eb. Vangerow a. a. O. III, § 575, Anm. 1, 1. Windscheid a. a. O., § 78, Anm. 6. Dernburg a. a. O., § 104. Ziegler a. a. O., § 9.

[17]) eb. Ziegler a. a. O., S. 30. Behrndt a. a. O., S. 38.

§ 7.

Die Arten des Betrugs.[18])

Wenn auch das Recht — wie wir eben gesehen haben — den durch Betrug zustande gekommenen Vertrag nicht nichtig sein lässt, so gewährt es doch dem Betrogenen gegen den Betrüger Ansprüche, mit denen er bald die Aufhebung des Vertrags, bald Schadenersatz anderer Art geltend machen kann. Ehe diese Ansprüche näher erörtert werden, soll zunächst auf die für dieselben grundlegende Unterscheidung des Betrugs in *dolus causam dans* und *dolus incidens* eingegangen werden.

Dolus causam dans ist der Betrug, der den Vertragsschluss an sich veranlasst hat, *dolus incidens* dagegen der Betrug, der nur auf gewisse Modalitäten des Vertrags eingewirkt hat. Ohne den *dolus causam dans* hätte also der Betrogene den Vertrag überhaupt nicht, ohne *dolus incidens* hätte er ihn nur mit anderen Modalitäten abgeschlossen.

Diese Unterscheidung, die, wie bereits oben erwähnt, schon die Anhänger der Nullitätstheorie machten, hält namentlich Glück[19]) entgegen der Theorie von Noodt, der diese Unterscheidung verwirft,[20]) aufrecht. Die Unterscheidung, eine „doktrinelle Erfindung", sei zwar nicht dem Wortlaute, wohl aber der Sache nach schon in den Quellen zu finden. Fr. 7 *pr. de d. m. 4, 3: „nullam esse venditionem, si in hoc ipso, ut venderet, circumscriptus est"* sei ein Beispiel für einen *dolus causam dans,* während fr. 13 § 4 *d. a. e. v. 19, 1: „si venditor dolo fecerit ut rem pluris venderet, puta de artificio mentitus est, aut de peculio, empti eum iudicio teneri, ut praestaret emptori, quanto pluris emisset"* den Begriff des *dolus incidens* ausser allen Zweifel setze.

Infolge des Betrugs hat im ersteren Falle der Käufer überhaupt erst den Kauf abgeschlossen, im zweiten dagegen nur einen höheren Kaufpreis bewilligt.

Weitere Quellenstellen, die den Anlass gegeben haben, dass man behauptete, die Unterscheidung zwischen *dolus causam dans* und *dolus incidens* sei bereits in den Quellen zu finden, sind:

---

[18]) Litteratur: Vangerow, Pand. III, § 605, Anm. 1, II. Puchta, Pand. § 57 f. Glück, Pand. IV, S. 113 f. Windscheid, Pand. I, § 78. Dernburg, Pand. I, § 104, Anm. 11. Ziegler a. a. O., § 14. Regelsberger, Pand. I, § 146 (namentlich auch Anm. 8). Keudell a. a. O., S. 14 f. Behrndt a. a. O, S. 42 f. Blitz a. a. O., S. 12 f.

[19]) Glück a. a. O., S. 114 f.

[20]) ebenso die bei Glück IV, S. 115, Anm. 8 cit. Schriftsteller.

1. Fr. 13, § 5 *de a. e. v. 19, 1.*

„Per contrarium quoque idem Julianus scribit, cum Percutius Victor decessit relicto fratre herede suo, et res quasdam ex hereditate et instrumenta et mancipia Bellicus quidam subtraxisset, quibus subtractis facile, quasi minimo valeret hereditas, ut sibi ea venderetur persuasit: an venditi iudicio teneri possit? et ait Julianus competere actionem ex vendito in tantum, quanto pluris hereditas valeret, si hae res subtractae non fuissent“. Dem Erben, so nahm man an,[21]) werde hier die Preisminderungsklage gegeben, nicht die Reszissionsklage, weil er auch ohne Betrug, wenn auch zu einem höheren Preise, verkauft haben würde.

2. Fr. 11, § 4 *h. t. „Si quis virginem se emere putasset, cum mulier venisset, et sciens errare eum venditor passus sit, redhibitionem quidem ex hac causa non esse, verum tamen ex empto competere actionem ad resolvendam emptionem, ut pretio restituto mulier reddatur“.*

Hier gehe die Klage des Käufers auf Reszission des Kaufes, weil der Käufer ohne die Annahme der Jungfräulichkeit der Sklavin den Kauf nicht abgeschlossen haben würde.

An diese Stelle und die oben cit. l. 13, § 4 h. t. anknüpfend bemerkt Dernburg[22]), indem er jede Unterscheidung zwischen *dolus causam dans* und *dolus incidens* für unzulässig erklärt: „Eine Täuschung über die Kunst des Sklaven kann gewiss nicht minder *causam dans* sein, wie die über die Jungfräulichkeit der Sklavin“.

Ebenso bestreitet Behrndt[23]), dass die erwähnte Unterscheidung aus den Quellen zu begründen sei. So meint er mit Hinweis auf l. 13, § 4, dass die Jungfräulichkeit einer Sklavin für viele Käufer von Sklavinnen zweifellos von Interesse gewesen sei. Andererseits sei es aber auch für viele Käufer eine Sache von der höchsten Gleichgültigkeit gewesen. „Denn wenn der alte Römer eine „Scheuerfrau“ oder „Waschfrau“ brauchte, und er eine dazu qualifizierte Sklavin käuflich erwarb, so wird ihm der eben erwähnte Punkt nicht minder gleichgültig gewesen sein, wie uns heutzutage, wenn wir eine solche Person beschäftigen.“ Und was die oben cit. Stelle bezüglich der Kunstfertigkeit des Sklaven anbetreffe, so dürfe man doch nicht im Ernst behaupten wollen, dass der, der eine Scheuerfrau braucht, eine dazu nicht

---

[21]) **namentlich Blitz a. a. O. S. 32.**
[22]) **Dernburg a. a. O. I, § 104, Anm. 11.**
[23]) **Behrndt a. a. O. S. 47 f.**

qualifizierte Sklavin gekauft haben würde, wenn er dieses gewusst hätte.

Was diese Ansicht Behrndts bezüglich der l. 13, § 4 anbetrifft, so stimme ich ihr nicht bei, schliesse mich vielmehr der Ansicht von Blitz[24]) an, der die Frage aufwirft, was denn ohne die Annahme eines *dolus causam dans* bei der betreffenden Stelle die Reszission des Kaufes für einen Zweck habe. Wenn es dem Römer wirklich nur darum zu thun gewesen wäre, eine „Scheuerfrau" oder eine „Waschfrau" zu kaufen, so hätte er sicherlich trotz des die Jungfräulichkeit der Sklavin betreffenden *dolus* den abgeschlossenen Vertrag ruhig bestehen lassen. Ausserdem sei dann für den vom Verkäufer begangenen Betrug gar keine Erklärung zu finden, und niemand werde doch behaupten wollen, dass eine Partei beim Abschluss eines Vertrages sich eines Betruges schuldig mache, ohne irgend einen Zweck damit zu verfolgen.[25])

Was die 2te Stelle (fr. 7 *pr. de. d. m. 4, 3)* anbetrifft, so kann man hier der Ansicht von Behrndt schon eher zustimmen, wenn man, wie Behrndt es thut, die Stelle dahin auslegt, dass der Betrug des Verkäufers sich auf die Kunst des Sklaven überhaupt bezieht, indem z. B. der Verkäufer behauptet, der Sklave verstehe die Gärtnerei, während er in Wirklichkeit Schlosser ist. Legt man aber die Stelle — und so muss sie meines Erachtens ausgelegt werden — so aus, dass der Betrug des Verkäufers sich hier nicht auf das Können des Sklaven überhaupt, sondern nur auf ein grösseres oder geringeres Können des Sklaven bezieht, z. B. auf seine grössere oder geringere Geschicklichkeit im Tafeldecken oder Servieren, so hat hier der Betrug unzweifelhaft nur auf die Höhe des Kaufpreises, nicht auf das Zustandekommen des Kaufes überhaupt eingewirkt, mit anderen Worten, es liegt ein *dolus incidens* vor, an den die weiter unten zu besprechenden Folgen geknüpft werden.

In fr. 13, § 5 *de a. e. v. 19, 1* würde ich gleichfalls einen *dolus incidens* annehmen.

Wie dem aber auch sei, mag man den Quellenbeweis für vollständig erachten oder nicht, jedenfalls wird die Unterscheidung heute von fast sämtlichen Schriftstellern aufrecht erhalten. So sagt Regelsberger[26]): „Die etwas scholastisch klingende Unterscheidung der älteren Juristen zwischen dem *dolus causam dans* und *dolus incidens* ist berechtigt. Die inneren Gründe sind

---

[24]) Blitz a. a. O. S. 31.
[25]) Blitz a. a. O. S. 32 f.
[26]) Regelsberger, Pand. I, § 146 Anm. 8.

stärker als der Quellenbeweis“ (cf. oben). Windscheid[27]): „Hier (nämlich bei dem Anspruch aus dem Betruge) hat die Unterscheidung zwischen *dolus causam dans* und *dolus incidens* ihre gute Berechtigung.“[28])

Auf demselben Standpunkt steht auch die Praxis.[29]) — Der Unterscheidung kann man entgegenhalten: wie soll der Betrogene den inneren Vorgang, nämlich, dass er ohne den Betrug überhaupt nicht, oder nur unter anderen Modalitäten, den Vertrag abgeschlossen haben würde, beweisen? Ein derartiger Beweis eines inneren Vorgangs ist unmöglich; er wird auch von niemand, auch nicht in den Quellen verlangt. Das Richtige wird vielmehr, wie namentlich Mommsen bemerkt,[30]) sein, „dass es keines Beweises bedarf, wenn der Umstand, auf welchen sich die Täuschung bezogen hat, so erheblich ist, — (der Zusammenhang bei Mommsen handelt von der Reszissionsklage) — dass man nach den Regeln einer vernünftigen Wahrscheinlichkeit annehmen muss, der Käufer würde den Vertrag nicht abgeschlossen haben, wenn ihm der wahre Sachverhalt bekannt gewesen wäre“.[31])

In diesem Falle wird also der Richter einen *dolus causam dans* annehmen müssen, dagegen dann einen *dolus incidens*, wenn die Täuschung sich auf unerhebliche Umstände bezogen hat, es sei denn, dass im letzteren Falle der Betrogene beweist, dass er den Vertrag überhaupt nicht abgeschlossen haben würde, wenn er um die Modalitäten gewusst hätte.

§ 8.

Die Ansprüche des Betrogenen gegen den Betrüger.

a) Auf das negative Interesse.

Das Nichtbetrogenwerden, *quod interfuit eius ne deciperetur*, wird vielfach in den Quellen als das Interesse des Betrogenen bezeichnet. So heisst es in fr. 62, § 1 *de contr. emt. 18, 1*: *„Qui nesciens loca sacra vel religiosa vel publica pro privatis comparaverit, licet emptio non teneat, ex emto tamen adversus venditorem experietur, ut consequatur, quod interfuit eius, ne deciperetur“ (Modestinus).*

---

[27]) Windscheid a. a. O. § 78, Anm. 7.

[28]) eb. Ziegler a. a. O. S. 45. Blitz a. a. O. S. 31 f. Auch Mommsen legt bei der Besprechung des Interesse des Betrogenen diese Unterscheidung zu Grunde, Erörter. II, S. 162 f.

[29]) R.G. in Seuffert's Archiv Bd. 43, Nr. 184, Bd. 36, Nr. 6.

[30]) Mommsen, Erörter. II, S. 155.

[31]) Auch hiermit stimmt die Praxis überein, wie namentlich die Entscheidung im Archiv f. Entscheidungen Bd. 36, S. 12 f., beweist.

Ferner in fr. 21, § 2 *de a. e. v. 19, 1.*

Quamvis supra diximus, cum in corpore consentiamus, de qualitate autem dissentiamus, emptionem esse, tamen venditor teneri debet, quanti interest, non esse deceptum (Paulus).

Endlich in fr. 13, § 1 *de a. e. v. 19, 1: „Item si furem vendidit aut fugitivum, si quidem sciens, praestare debebit, quanti emptoris interfuit, non decipi" (Ulpianus).*

In allen diesen Fällen ist das Interesse, nicht betrogen zu werden, verletzt. Der Inhalt des Interesseanspruchs des Betrogenen besteht demnach darin, dass — um die Worte Ziegler's[32]) zu gebrauchen — „der Betrogene verlangen kann, was er haben würde, wenn er nicht betrogen worden wäre", oder, dass er, wie Mommsen sagt,[33]) „verlangen kann, dass ihn der Betrüger in die Lage versetze, in der er gewesen sein würde, wenn die Täuschung nicht stattgefunden hätte".

Hier kommt der oben (§ 7) auseinandergetzte Unterschied zwischen *dolus causam dans* und *dolus incidens* zur Anwendung.

I. Bei Vorliegen eines *dolus causam dans* wäre ohne den Betrug der Vertrag überhaupt nicht abgeschlossen worden.

Das Interesse des Betrogenen besteht also in der Auflösung des Vertrags und dem Ersatz der Nachteile, die etwa infolge des Vertragsabschlusses den Betrogenen betroffen haben.

Zur Verwirklichung dieses Anspruchs bedient sich der Betrogene der Reszissionsklage.

Als Voraussetzung der Reszissionsklage sieht Goldschmidt[35]) die Benachteiligung des Betrogenen an, gerade wie er als Voraussetzung des Betrugs die Absicht des Betrügers, den Gegner zu benachteiligen, ansieht. (cf. oben S. 19.) Dem tritt — unseres Erachtens mit Recht — Mommsen[36]) entgegen. Die Klage auf Reszission erscheine allerdings in sehr vielen, ja in den meisten Fällen als reine Schadenersatzklage. Aber es sei eine einseitige Auffassung, wenn man die Klage bloss als eine gewöhnliche Schadenersatzklage auffasse. Denn die Klage auf Reszission sei eine Restitutionsklage, beruhend auf dem Gesichtspunkte, dass der Betrug eine Einwirkung auf den Willen des anderen enthalte, die durchaus nicht geduldet werden könne. Sie sei deshalb auch zuzulassen, wenn nur ein Affektionsinteresse auf Seiten des Be-

---

[32]) Ziegler a. a. O. S. 45.

[33]) Mommsen, Erörter. II, S. 153.

[34]) Weitere Belegstellen sind c. 5, 8 und 10 *de resc. vend.* 4, 44, c. 10 *de distr. pign.* 8, 28.

[35]) Goldschmidt a. a. O. S. 37 f.

[36]) Mommsen, Erörter. II, S. 156 f.

trogenen verletzt sei, ja selbst, wenn ohne eine derartige Verletzung das Vermögen des Betrogenen nicht verringert sei. In Frage komme eben nur, ob der Betrogene ohne den Betrug den Vertrag nicht abgeschlossen haben würde. — Mit der Reszissionsklage macht der Betrogene einerseits Auflösung des Vertrags, d. h. Rückgewähr der empfangenen Leistungen geltend. Einen Beleg hierfür bietet fr. 11, § 5 *de a. e. v. 19, 1* (siehe oben S. 32, 2 und Anm. 34).

Andererseits macht der Betrogene mit der Reszissionsklage den Ersatz aller Nachteile geltend, die infolge des Geschäftsabschlusses den Betrogenen betroffen haben. Denn ohne den *dolus* hätte der Betrogene das Geschäft nicht abgeschlossen, diese Nachteile ihn also nicht treffen können.[37]) Belegstellen sind:

1. Fr. 13 *de a. e. v. 19, 1: Julianus libro quinto decimo inter eum, qui sciens quid aut ignorans vendidit, differentiam facit in condemnatione ex empto: ait enim, si pecus morbosum aut tignum vitiosum vendidit, si quidem ignorans fecit, id tantum ex empto actione praestaturum, quanto minoris essem empturus, si id ita esse sciissem: si vero sciens reticuit et emptorem decepit, omnia detrimenta quae ex ea emptione emptor traxerit, praestaturum ei: sive igitur aedes vitio tigni corruerunt, aedium aestimationem, sive pecora contagione morbosi pecoris perierunt, quod interfuit, idonea venisse, erit praestandum.*[38])

Der *dolus* des Verkäufers im vorliegenden Fall ist *causam dans.* Denn welcher vernünftige Mensch kaufte wissentlich mit einer ansteckenden Krankheit behaftetes Vieh, um es seiner Heerde zuzugesellen, oder schadhaftes Bauholz? Infolge dieses *dolus* ist nach obiger Entscheidung Ulpians der Verkäufer verpflichtet, dem betrogenen Käufer alle infolge des Kaufes entstandenen Nachteile zu ersetzen. Sind also andere Tiere der Heerde infolge der Ansteckung zu Grunde gegangen, so muss er dafür Ersatz leisten; ist infolge der morschen Balken das Haus eingestürzt, so muss er dem Käufer den Wert des Hauses erstatten.

2. §§ 1 und 2 derselben Stelle.

§ 1. *Item, qui furem vendidit aut fugitivum, si quidem sciens, praestare debebit, quanti emptoris interfuit, non decipi.*

---

[37]) Auch Mommsen billigt dem Betrogenen neben dem Anspruch auf Reszission das ganze negative Interesse zu, Erörter. II, S. 154, namentlich mit Hinweis auf die *actio redhibitoria;* ebenso Ziegler a. a. O. S. 46. Klein a. a. O. S. 14. Behrndt a. a. O. S. 27. Regelsberger, Pand. I, § 146.

[38]) Wenn auch diese Stelle nicht von der Reszissions-Klage handelt, so wird man sich doch auf sie berufen können. cf. Mommsen a. a. O. S. 154.

§ 2. *Quod autem diximus „quanti emptoris interfuit non decipi" multa continet, et si alios secum sollicitavit, ut fugerent, vel res quasdam abstulit.*

Auch hier liegt ein *dolus causam dans* vor. Denn der Gefahr, fortwährend mit dem Davonlaufen eines Sklaven rechnen zu müssen, wird sich wohl schwerlich der Käufer unterzogen haben (zumal in Rom die Sklaven vielfach sich selbst überlassen waren, und dadurch die Gefahr einer Flucht sehr gross war). Der Verkäufer, der wissentlich einen *„fugitivus"* verkauft, soll nach obiger Stelle nicht nur den Wert desselben ersetzen, wenn er davonläuft, sondern auch den Wert der von dem Durchbrenner aufgewiegelten und gleichfalls entlaufenen Sklaven, sowie den Wert etwa mitgenommener Sachen des Käufers.

Während also der Betrogene infolge eines *dolus causam dans* Auflösung des Vertrags und Ersatz jeglicher, infolge der Eingehung des Vertrags erlittener Nachteile verlangen kann, kann er dagegen nicht Ersatz entgangenen Gewinns verlangen. Denn ohne den Betrug hätte er das Geschäft ja gar nicht abgeschlossen, etwaigen auf Grund desselben in Aussicht stehenden Gewinn also gar nicht gemacht. Nur dann wird er auch Ersatz entgangenen Gewinns verlangen können, wenn es ihm gelingt, den — übrigens meist unmöglichen — Beweis zu führen, dass er ohne den Betrug ein anderes Geschäft abgeschlossen und auf Grund dieses Geschäfts einen Gewinn gemacht haben würde.

So sagt Mommsen bei Besprechung des positiven oder Erfüllungsinteresse, bei dessen Berechnung unter Umständen ein *lucrum cessans* in Betracht kommen könne:[39] „Unter Umständen wird der Käufer ein solches *lucrum cessans* auch als negatives Interesse in Anspruch nehmen können, indem er, falls ihm die betrüglichen Vorspiegelungen nicht gemacht wären, eine andere Sache gekauft haben würde, welche ihm die fraglichen Vorteile gewährt hätte. Aber einesteils trifft das Letztere nicht überall zu, anderenteils wird der in dieser Beziehung erforderliche Beweis nur überaus selten geführt werden können".[40]

Zu erwähnen ist noch, dass der Betrogene, wenn es seinem Interesse entspricht, den Vertrag bestehen lassen und sich auf die, unten beim *dolus incidens* näher zu erörternde, Entschädigungsklage beschränken kann. Dieses Wahlrecht des Betrogenen bestreitet Ziegler,[41] indem er es für einen Widerspruch erklärt, wenn der Betrogene sich darauf berufen wolle, dass er ohne

---

[39]) **Mommsen, Erörter. II, S. 167, Anm. 4.**
[40]) **cf. auch Klein a. a. O. § 6. Blitz a. a. O. § 5.**
[41]) **Ziegler a. a. O. § 15.**

den Betrug den Vertrag überhaupt nicht abgeschlossen haben würde und dennoch die Leistung des Betrügers zurückhalten wolle. Dagegen liessen sich auch beim *dolus causam dans* Fälle denken, in denen die Auflösung des Vertrags durch das gegenwärtige Interesse des Betrogenen nicht mehr erfordert werde, vielmehr sein Anspruch lediglich auf Interesseleistung gerichtet sei. Dieser Ansicht Ziegler's kann man einerseits die Meinung von Glück[42]) entgegenhalten, der die Klage des Betrogenen zwar nicht auf Reszission, sondern als Anhänger der Nullitätstheorie auf Vernichtung des Vertrags zulässt, daneben dem Betrogenen aber auch wahlweise die Klage auf sein Interesse gewährt.

Andererseits wird die Ansicht von Ziegler heute allgemein verworfen.

So sagt namentlich Mommsen:[43]) „Wenn auch anzunehmen ist, dass der Käufer den Vertrag im Falle einer Kenntnis des wahren Sachverhalts nicht abgeschlossen haben würde, so steht es ihm doch, falls die Voraussetzungen einer Preisminderungsklage vorliegen, frei, die letztere Klage zu wählen. Der Verkäufer kann sich nicht beschweren, wenn der Käufer diese Klage der weitergehenden Reszissionsklage vorzieht. Ebenso Regelsberger:[44]) „Im Falle des *dolus causam dans* kann der Betrogene nach Wahl Aufhebung der Obligation und Ersatz des ihm zugefügten Schadens oder Ersatz mit Aufrechterhaltung der Obligation fordern".[45])

Ebenso wird die Ansicht Ziegler's allgemein verworfen, dass der Betrüger der Klage auf Herabsetzung des Kaufpreises (Entschädigungsklage) gegenüber einwenden könne, er würde zu dem niedrigeren Preise den Vertrag nicht abgeschlossen haben und beantrage Reszission des Vertrags.[46]) (Und zwar sei dieses ein Recht des Betrügers ohne Rücksicht darauf, ob ein *dolus causam dans* oder *incidens* vorliege.) Mommsen[47]) weist demgegenüber mit Recht darauf hin, dass selbst, wenn kein Betrug vorliege,

---

[42]) Glück, Pand. IV, S. 124, 125. „Der Betrogene stellt also die aus dem Kontrakt selbst entstehende Klage auf dessen Zernichtung an. . . . . Jedoch erklärte der Richter wegen eines *doli causam dandis* den Kontrakt nicht eher für nichtig, als wenn der Betrogene darauf bestand. Denn dieser kann auch, wenn er will, den Vertrag für beständig annehmen und mit der daraus entspringenden Klage nur sein Interesse fordern."

[43]) Mommsen a. a. O. S. 165.

[44]) Regelsberger, Pand. I, § 146.

[45]) Der gleichen Ansicht ferner Klein a. a. O. S. 14, Blitz a. a. O. S. 25.

[46]) Ziegler a. a. O. S. 50 f.

[47]) Mommsen a. a. O. S. 165.

dem Verkäufer ein solcher Einwand nicht zustehe, wenn der Käufer statt der ädilicischen *actio redhibitoria* die *actio quanti minoris* wähle; wie viel weniger erst beim Vorliegen eines Betruges!

Bechmann[48]) bezeichnet diese Ansicht Ziegler's als ersichtlich falsch.

Erwähnt mag noch werden die Ansicht Dernburg's,[49]) der den Unterschied zwischen *dolus causam dans* und *incidens* verwirft, und dem Betrogenen in jedem Falle die Wahl zwischen der Reszissionsklage und Preisminderungsklage giebt (Differenzklage).

II. Während der *dolus causam dans* auf das Zustandekommen des Vertrags überhaupt einwirkt, wirkt der *dolus incidens* nur auf gewisse Modalitäten des Vertrags ein. Der Hauptfall wird der sein, dass der Betrug von Einfluss ist auf die Höhe des Kaufpreises, und soll dieser Fall insbesondere im folgenden behandelt werden. Das oben gekennzeichnete Interesse des Betrogenen besteht hier in der Herabsetzung des Kaufpreises.

Einen Beleg hierfür bietet:

1. Fr. 13, § 4 *de a. e. v. 19, 1.* Siehe oben S. 32.
2. Fr. 13, § 5 *eodem.* Siehe oben S. 33.

Indem in der letzteren Stelle angenommen wird, der Erbe hätte auch verkauft, wenn er den wahren Wert der Erbschaft gekannt hätte, aber teurer, wird ihm eine Differenzklage gegeben.

Auch bei Vorliegen eines *dolus incidens* kann nach der Ansicht von Ziegler, wie schon oben angedeutet, der Betrüger der Preisminderungsklage (Differenzklage) gegenüber Auflösung des Vertrags verlangen. Dem ist einmal die oben angeführte Ansicht Mommsen's und Regelsberger's, dann aber auch namentlich die Ansicht Glück's entgegenzuhalten, der die Ansicht eines älteren Verfassers, welcher bei einem *dolus incidens* dem Betrüger die Wahl giebt, ob er die Läsion vergüten oder gegen Rückgabe des Empfangenen von dem geschlossenen Handel abgehen wolle, ausdrücklich für irrig erklärt.[50])

Dies Wahlrecht des Betrügers wäre ja auch geradezu eine Begünstigung desselben, namentlich dann, wenn ihm sein *dolus* misslungen und er nun an der Auflösung des Vertrags ein Interesse hat. Dass aber niemand aus seinem Betrug Nutzen haben solle, wird in den Quellen ausdrücklich ausgesprochen.[51])

---

[48]) **Bechmann, Kauf II, S. 302.**
[49]) **Dernburg, Pand. I, § 104 a. E.**
[50]) **Glück, Pand. IV, S. 128.**
[51]) *fr. 1 § 1 de d. m. e. 44, 4. Ideo autem hanc exeptionem praetor praeposuit, ne cui dolus suus per occasionem juris civilis contra aequitatem prosit.*

Wir kommen also zu dem Resultat, dass der Betrogene bei Vorliegen eines *dolus incidens* keine Reszissions- sondern nur eine Differenzklage hat, und dass der Betrüger dieser gegenüber nicht einwenden kann, er bestehe auf Auflösung des Vertrags.

Die Differenzklage geht auf Herabsetzung des Kaufpreises, derart, dass der Vertragspreis nach Verhältnis des Wertes, den der Kaufgegenstand ohne den verschwiegenen Umstand bezw. mit der fälschlich vorgespiegelten Eigenschaft hat, zu dem Werte, den er in Wirklichkeit (d. h. mit dem verschwiegenen oder ohne den vorgespiegelten Umstand) hat, herabzusetzen ist. Und zwar ohne Rücksicht darauf, ob der Vertragspreis dem wirklichen Wert entspricht, oder geringer oder höher als derselbe ist. Sogar dann wird die Differenzklage gegeben, wenn der Betrogene mit Vorteil weiter verkauft hat.[52]) Denn es kommt nicht auf den schliesslichen Erfolg an, sondern darauf, dass der Betrogene infolge des Betrugs einen höheren Kaufpreis bewilligt hat, als er ohne den Betrug bewilligt haben würde.[53])

Das Gesagte soll durch ein Beispiel erläutert werden.

1. Wirklicher Wert = 100.

Wert mit dem vorgespiegelten Eigenschaft = 150.

Vertragspreis = 120.

Die nach dem oben Erörterten aufzustellende Gleichung, um die Höhe des reduzierten Kaufpreises zu berechnen, lautet:

$$100 : 150 = X : 120$$

$$150\ X = 12000$$

$$X = 80$$

Der Kaufpreis wird also von 120 auf 80 herabgestezt.

Bei dieser Berechnung des Interesse ist — wie überhaupt bei der Berechnung des Interesse — die Zeit des Urteils zu Grunde zu legen.

Neben dem Anspruch auf Preisminderung kann der Betrogene, wie namentlich Mommsen hervorhebt,[54]) noch ein ferneres Interesse geltend machen, wenn er infolge der betrüglichen Täuschung ausser dem Schaden, dass er die Sache teurer gekauft hat, als er sonst gethan haben würde, noch einen anderweitigen Schaden erlitten hat.

---

[52]) Die ädilicische *actio quanti minoris*, der die Differenzklage nachgebildet ist, wird dagegen durch Weiterverkauf der Sache zu einem höheren Preise ausgeschlossen. cf. Windscheid, Pand., § 394, Anm. 1 a. E.

[53]) Hiermit stimmt auch Mommsen, wie bereits oben erwähnt, überein. Ausserdem S. 163 a. a. O. „Das, worauf es ankommt, ist, dass der Käufer nicht zu einem so hohen Preise gekauft haben würde.“ Ebenso Ziegler a. a. O. S. 48.

[54]) Mommsen, Erörter. II, S. 163 a. E.

b) Die Ansprüche des Betrogenen auf das positive Interesse.

Dieses eben behandelte Interesse, nicht betrogen zu werden, nennen Mommsen und Ziegler in Erweiterung der Ihering'schen Begriffsbestimmung[55]) das negative Interesse, im Gegensatz zu dem Interesse, das der Betrogene daran hat, dass, wie Ziegler sagt,[56]) „die Sachlage wirlich so wäre, wie sie von ihm unter dem Einflusse des Betrugs angenommen wurde". Letzteres Interesse nennt Ziegler das positive, Mommsen das Erfüllungsinteresse.[57])

Kommen wir auf Grund von Quellenstellen dazu, dem Betrogenen Ersatz dieses Interesse zuzubilligen, so wird er sich in den meisten Fällen besser stehen, als wenn er bloss das negative Interesse erhält. Dieses wird nämlich immer dann der Fall sein, wenn der unter den Parteien ausgemachte Kaufpreis niedriger ist als der Wert, den die Sache in der Beschaffenheit haben würde, die der Käufer infolge des Betrugs des Verkäufers annahm. Denn „hier führt die Schätzung, welche bei dem Erfüllungsinteresse zur Anwendung kommt, dahin, dass der Käufer die Differenz zwischen dem wahren Wert, den die Sache mit der vorgespiegelten Eigenschaft haben würde, und dem wahren Wert, den sie gegenwärtig hat, verlangen kann, einen Betrag, der in diesem Fall den Betrag, zu welchem eine verhältmässige Kürzung führen würde, (s. oben) übersteigt".[57])

Auch hierfür soll ein Beispiel gegeben werden.

Wirklicher Wert = 11500

Wert mit den vorgespiegelten Eigenschaften = 12000

Kaufpreis = 10000

1. Verhältnismässige Kürzung des Kaufpreises:

$$11500 : 12000 = X : 10000$$

$$12000\ X = 115000000$$

$$X = 9583{,}33$$

Der Kaufpreis wäre also auf 9583,33 Mark herabzusetzen.

2. Das positive Interesse aber, d. h. die Differenz zwischen dem wahren Wert = 11500 und dem infolge des Betrugs angenommenen = 12000 beträgt 500, so dass der Kaufpreis im Wege der Verrechnung auf 9500 Mark herabzusetzen wäre.

Ausserdem wird bei dem Erfüllungsinteresse das *lucrum cessans* mit berücksichtigt werden können,[58]) das, wie oben

---

[55]) Ihering in seinen Jahrbüchern für Dogmatik, Bd. 4, S. 16.
[56]) Ziegler a. a. O. S. 57.
[57]) Ziegler a a. O. S. 68. Mommsen S. 166 f.
[58]) cf. Mommsen, Erörter. II, S. 166.

erwähnt, bei dem negativen Interesse nur in den seltensten Fällen mit berücksichtigt werden kann. Es bleibt also zu beweisen, dass die Quellen dem Betrogenen ein derartiges Interesse zusprechen. Dies scheint besonders der Fall zu sein in fr. 30, § 1 *de a. e. v. 19, 1: Si sciens alienam rem ignoranti mihi vendideris, etiam priusquam evincatur utiliter me ex empto acturum putavit in id, quanti mea intersit, meam esse factam: quamvis enim alioquin verum sit, venditorem hactenus teneri, ut rem emptori habere liceat, non etiam ut eius faciat, quia tamen dolum malum abesse praestare debeat, teneri eum, qui sciens alienam non suam ignoranti vendidit: id est maxime, si manumissuro vel pignori daturo vendiderit.*

Hier sagt der Jurist, der Käufer könne vom Verkäufer auch vor geschehener Eviktion verlangen *quanti emptoris intersit, rem emptori esse factam.* Diese Entscheidung stützt er ausdrücklich auf den *dolus* des Verkäufers, sonst hafte der Verkäufer dem Käufer zwar nur auf das *habere licere,* nicht auch dafür, dass letzterer Eigentümer der Sache werde; hier aber hafte er auf das Interesse des Käufers, Eigentum an der Sache zu erhalten *„quia tamen dolum malum abesse praestare debeat".*

Wäre dieses Interresse das negative, so müsste — wie oben erörtert — der betrügerische Verkäufer den Käufer in die Lage versetzen, in der er gewesen wäre, wenn der Betrug (hier das Verschweigen des Umstandes, dass die Sache eine fremde sei) nicht stattgefunden hätte. Hätte aber der Betrug nicht stattgefunden, so würde der Käufer überhaupt nicht gekauft haben, zumal, wenn er den Sklaven kaufte, um ihn freizulassen oder zum Pfande zu geben. Folglich bestände das Interesse des Käufers in der Reszission des Kaufes. Der Jurist sagt dagegen in der Stelle ausdrücklich, der Käufer könne verlangen das Interesse, welches der Käufer daran habe, dass die Kaufsache mit der vollzogenen Uebergabe sein Eigentum werde. Dass er aber Eigentümer der Sache würde, musste der Käufer annehmen infolge des arglistigen Verhaltens des Verkäufers. Sein Interesse geht also auf das, was er haben würde, wenn die Sachlage wirklich so wäre, wie sie von ihm unter dem Einflusse des Betrugs irrtümlich angenommen wurde, mit anderen Worten auf das positive Interesse. — Zu demselben Resultat, nämlich dass hier nicht das Interesse, nicht betrogen zu werden (das negative Interesse), sondern das positive Interesse des Betrogenen gemeint sei, kommen auch Ziegler und Mommsen.[59]) Ziegler geht im

[59]) Ziegler a. a. O. S. 62. Mommsen a. a. O. S. 169.

Anschlusse an fr. 31 *de ev. 21, 2* davon aus, dass der Verkäufer, welcher ausdrücklich zusicherte, die Sache sei sein Eigentum, dem Käufer für alles hafte, was dieser haben würde, wenn die Sache im Eigentum des Verkäufers gewesen wäre. Denn der Verkäufer, welcher ausdrücklich zusichere, dass die Sache sein Eigentum sei, habe keinen anderen Zweck, als in dem Käufer die Annahme hervorzubringen, dass er eine eigene Sache des Verkäufers kaufe und daher durch Tradition derselben selbst Eigentümer werde. Denselben Zweck verfolge aber auch jener Verkäufer, der absichtlich verschweige, dass die Sache eine fremde sei. Denn es sei ein Gebot von Treu und Glauben, dem Käufer anzuzeigen, dass die Sache eine fremde sei; der Käufer dürfe daher in dem Schweigen des Verkäufers die Zusicherung sehen, dass die Sache eine eigene des Verkäufers sei. Aus diesem Grunde sei es daher vollkommen gerechtfertigt, dem arglistig verschweigenden Verkäufer dieselbe Haftung aufzuerlegen, als ob er die Abwesenheit des verschwiegenen Fehlers ausdrücklich zugesichert hätte.

Dafür, dass der Betrogene das positive Interesse verlangen kann, spricht auch fr. 57, § 1 *de contr. empt. 18, 1: Sin autem venditor quidem sciebat, domum esse exustam, emptor autem ignorabat, nullam venditionem stare si tota domus ante venditionem exusta sit; si vero quantacumque pars aedificii remaneat, et stare venditionem et venditorem emptori quod interest restituere.*

In beiden Fällen liegt ein Betrug des Verkäufers vor; im ersten Fall ist der Kauf nichtig, da eine nicht existierende Sache verkauft ist; im zweiten Falle besteht der Kauf zu Recht, *(stare venditionem)* und der Verkäufer muss dem Käufer das Interesse ersetzen. Das negative Interesse kann damit nicht gemeint sein; denn dieses, nämlich nicht betrogen zu werden, hat der Käufer auch beim Kaufe des gänzlich abgebrannten Hauses zu leisten. Die Gegenüberstellung von Nichtigkeit des Vertrags im einen und Interesseleistung im andern Falle wäre daher, wie Ziegler mit Recht bemerkt,[60]) in Bezug auf das Interesse nicht betrogen zu werden, ungerechtfertigt. Es kann also hier nur das Interesse des Käufers an der Unversehrtheit des Hauses gemeint sein, wie sie der Käufer infolge des Betrugs angenommen hat, mit anderen Worten das positive Interesse.

Auch hier kommen Ziegler und Mommsen zu dem gleichen Resultat; ersterer wieder wie oben unter Berufung auf die Bestimmung, dass der Verkäufer bei ausdrücklicher Zusicherung

---

[60]) Ziegler a. a. O. S. 62—64.

auf das Erfüllungsinteresse hafte, dass aber der Verkäufer, der arglistig einen Fehler des Vertraggegenstandes verschweigt, ebenso hafte, als wenn er die Abwesenheit des Fehlers ausdrücklich zugesichert hätte.[60])

Mommsen sucht die Richtigkeit dieses Resultats durch die Analogie der besprochenen Stelle mit § 2 der l. 57 cit. zu bekräftigen.[61])

In diesem § 2 heisse es: *Simili quoque modo ex diverso tractari oportet, ubi emptor quidem sciebat, venditor autem ignorabat, et hic enim oportet et venditionem stare et omne pretium ab emptore venditori, si non depensum est solvi, vel si solutum sit, non repeti.*

Die hier gegebene Entscheidung sei in den Anfangsworten *„simili modo"* als eine der vorhergehenden Entscheidung korrespondierende bezeichnet und demgemäss schliesse sich auch die fernere Ausdrucksweise dem § 1 an. Auch hier in § 2 seien die Worte: *venditionem stare* gebraucht, die hier, wie sich aus dem Nachfolgenden: *„omne pretium ab emptore . . . . solvi"* ergebe, nur die Bedeutung haben könnten, dass der Vertrag, soweit er sich auf die Verpflichtung des Käufers beziehe, seinem ganzen Umfang nach gültig bleibe. Wenn nun die Entscheidung des § 1 im folgenden korrespondieren solle, so könnten die Worte: *„venditionem stare"* in § 1 nur die Bedeutung haben, dass der Kaufvertrag, soweit er sich auf die vom Käufer übernommenen Verpflichtungen beziehe, seinem ganzen Umfang nach in Kraft bleibe. Alsdann müsse man aber die Schlussworte des § 1 auf das Erfüllungsinteresse beziehen.

Der gleichen Ansicht, nämlich, dass der Betrogene das Erfüllungsinteresse verlangen kann, ist ferner auch Windscheid[62]), der unter Hinweis auf die beiden besprochenen Stellen fr. 30 und 57 sagt: „Auch im $2^{\text{ten}}_{\text{n}}$ Falle kann das Erfüllungsinteresse verlangt werden, so dass Arglist gleich Zusicherung ist". (Der erste Fall war der der Zusicherung, in dem Windscheid ebenfalls — wie oben Ziegler — dem Käufer das Erfüllungsinteresse zubilligt.)

Man hat den zuerst besprochenen Fall in fr. 30 als einen Ausnahmefall betrachten wollen, den zu verallgemeinern kein Grund vorläge, während man beim zweiten Fall bestritten hat, dass hier überhaupt von einem positiven Interesse die Rede sei.[63]) Letztere Behauptung ist durch die obigen Ausführungen

---

[61]) **Mommsen, Erörter. II, S. 168, 169.**
[62]) **Windscheid, Pand. II, § 393, Anm. 7.**
[63]) **So Klein a. a. O. S. 25. Blitz a. a. S. 36, 37.**

widerlegt. Der ersteren Behauptung dagegen ist die Ansicht von Ziegler und Mommsen entgegenzuhalten, die dahin geht, dass der oben formulierte Satz, der Käufer könne nach seiner Wahl statt des negativen auch das positive Interesse verlangen, vom Kaufvertrag auf alle onerosen Rechtsgeschäfte auszudehnen sei.[64])

Dritter Abschnitt.

§ 9.

Die Rechtsmittel zur Durchführung der Ansprüche des Betrogenen.

Zur Durchführung der Ansprüche aus dem Betruge kennt das römische Recht seit der Amtsperiode des Prätors C. Aquilius Gallus im Jahre 66 v. Chr. Geb. drei Rechtsmittel.[65])

1. Die Kontraktsklage[66])

aus den *bonae fidei negotiis* und den *negotiis stricti iuris,* denen die *clausula doli (dolum malum abesse et abfuturum esse)* hinzugefügt war. Bei allen *negotiis stricti iuris* ohne diese Klausel und in den Fällen des ausserkontraktlichen Betrugs war der Betrogene auf die (subsidiäre) *actio de doli* angewiesen.[67])

Da nun heute alle Verträge auf der *bona fides* beruhen,[68])

---

[64]) Ziegler a. a. O. S. 66, 67. Mommsen, Erörter. II, S. 167, Anm. 3.

[65]) Geschichtliche Entwickelung vgl. namentlich Pernice Labeo II, S. 95 f. Vangerow I, § 185. Ziegler § 10. Behrndt a. a. O. S. 7 f. Glück, Pand. IV, S. 125 f. Erwähnt mag werden, dass ein Streit darüber besteht, ob Aquilius Gallus neben der *a. de dolo,* was unbestritten ist, auch die *exceptio doli* eingeführt hat. Dafür sprechen sich aus Ziegler a. a. O. Vangerow a. a. O. I, § 185, Anm. 1. Glück (s. unter Anm. 67), dagegen namentlich Pernice a. a. O. S. 95, 96. Behrndt a. a. O. S. 10 f., welch letztere der Ansicht sind, dass die *exceptio doli* bereits vor Aquilius entstanden ist, da sie schon im Edikt des Cassius erscheine.

[66]) Ziegler a. a. O. S. 32. Behrndt a. a. O. S. 8—10. Keudell a. a. O. S. 38 f.

[67]) cf. Glück, Pand. IV, S. 125 f.: „Hatte bei den *stricti juris* Kontrakten ein Kontrahent in Ansehung des Betruges gegen den andern sich nicht ausdrücklich vorgesehen, so konnte aus dem Kontrakt selbst desfalls nicht geklagt werden. . . . . Weil dies indessen gegen alle Billigkeit war, so erfand Aquilius Gallus eine eigene Formel für den Betrug, womit der Betrogene gegen seinen unredlichen Mitkontrahenten bald klagend auftreten, bald aber sich schützen konnte, ... die *actio* und *exceptio doli.*“

[68]) Für alle: Glück, Pand. IV, S. 127: „Dass dieser Unterschied zwischen *bonae fidei* und *stricti iuris* Kontrakten in unseren Tagen von

der Unterschied zwischen *negotia stricti iuris* und *bonae fidei* weggefallen ist, so folgt daraus, dass bei allen Kontrakten die Kontraktsklage das Mittel ist, um die Ansprüche aus einem beim Vertragsschluss verübten Betrug gegen den anderen Kontrahenten geltend zu machen. Und zwar kann der Betrogene mit ihr sowohl die Reszission des Vertrags[69]), als auch den Anspruch auf das Interesse geltend machen.[70]),[71])

2. Die *actio de dolo.*[72])

Und zwar ist diese Klage subsidiär, wie aus mehreren Quellenstellen hervorgeht.

Zunächst ergeben dieses die Worte des Edikts, das sie aufgestellt: *Verba autem edicti talia sunt: Quae dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit et iusta causa esse videbitur iudicium dabo* (fr. 1, § 1, *de d. m. 4, 3*).

Ferner sprechen hierfür fr. 43, § 3 *de furtis 47, 2: sed quia dolo fecit, nisi sit alia adversus eum actio, de dolo dabitur.* Fr. 5, § 3 *de praescr. verb. 19, 5: Quod si faciam ut des et posteaquam feci, cessas dare, nulla erit civilis actio,*

---

keinem praktischen Nutzen sei, ist bekannt. Alle Verträge, die in Deutschland errichtet werden, sind ohne Ausnahme *bonae fidei.*" Ebenso Dernburg, Pand. II, § 3: „Gemeinrechtlich gelten die Grundsätze der *bonae fidei iudicia* allgemein; die römischen *stricti iuris iudicia* sind in ihnen aufgegangen."

[69]) *fr. 11, § 5 de a. e. v. 19, 1.*

[70]) *fr. 13, § 4 eod., fr. 9 eod.*

[71]) Diese weite Anwendung der Kontraktsklage wird allein von Pernice, Labeo II, S. 83 f. unter Berufung auf c. 5 u. 10 *de resc. vend. 4, 44* bestritten. Der Anspruch aus dem *dolus incidens* könne in allen Fällen mit der Kontraktsklage verfolgt werden, der Anspruch aus dem *dolus causam dans* jedoch nur in den Fällen, in denen der Betrug durch „Verschweigen" begangen worden sei; in den Fällen einer positiven Täuschung dagegen, d. h. da, wo der Betrug durch falsche „Zusicherungen und Anpreisungen" begangen worden sei, sei nicht die Kontraktsklage sondern die *actio de dolo* das Mittel zur Geltendmachung des Anspruchs. Dafür spräche deutlich Cicero's Erzählung von Canius, (Cicero de off. 3, 58 f.) der ganz zweifellos durch Vorspiegelung falscher Thatsachen zum Abschluss eines Kaufvertrags verleitet worden sei, und dem nach Ciceros Berichte nicht zu helfen sei, weil es noch keine *actio de dolo* gegeben habe. An die *actio empti* werde gar nicht gedacht. Und für die klassische Periode bekundeten *fr. 7 pr.* (s. oben S. 32) und *fr. 37 de d. m. 4, 3* das nämliche. Denn hier gäben für den ganz gleichen Fall der Verlockung durch Anpreisungen Pomponius und Ulpian die *actio de dolo*, schlössen also die Vertragsklage aus. Dieser alleinstehenden Ansicht tritt namentlich Bechmann a. a. O. § 199, Anm. 1, entgegen, ferner Klein a. a. O. § 9.

[72]) Erschöpfende Behandlung durch Jahr: „Ist die *a. d. dolo* subsidiär etc.". Siehe Litteraturverzeichnis.

et ideo de dolo dabitur. c. 2 de d. m. 2, 21: de dolo actio, cum alia nulla competit, causa cognita permittitur.

Dass die *actio de dolo* subsidiär war, ist heute herrschende Meinung. So Windscheid, Pand. § 451, Anm. 10. Vangerow, Pand. III, § 605. Arndts, Pand. § 237. Ziegler a. a. O. S. 33 etc.

Darüber aber, was der Grund dieser Subsidiarität gewesen ist und ob sie heute noch gilt, herrscht grosse Meinungsverschiedenheit. Die Einen sehen den Grund in der ihr anhaftenden infamierenden Wirkung und sprechen ihr deshalb den subsidiären Charakter für das heutige Recht ab, da die infamierende Wirkung der Klagen fortgefallen sei. Als Vertreter dieser Ansicht seien Windscheid, Savigny[73]), Ziegler und Hänel[74]) erwähnt.

Von diesen bemerkt Windscheid:[75]) „Nach römischem Recht galten für die *actio de dolo* nachfolgende besondere Sätze, welche ihren Grund in der infamierenden Wirkung derselben hatten und mit dieser Wirkung heute weggefallen sind . . . c) die *actio de dolo* wurde nicht gewährt, wenn irgend ein anderer Weg der Rechtshilfe offen stand".

Aehnlich Ziegler:[76]) „Eigentümlichkeiten der *actio de dolo* waren im römischen Recht die Rechtsfolge der Infamie etc. Die Rechtsfolge der Infamie besteht im heutigen Recht nicht mehr, und mit ihr ist wohl auch die Subsidiarität weggefallen".

Andere dagegen sehen den Grund der Subsidiarität in der historischen Entwicklung.[77]) Der Prätor habe durch die Einführung der *actio de dolo* nur eine Lücke des Civilrechts ausfüllen wollen; da, wo dieses eine andere Klage nicht gewähre, solle die *actio de dolo* gegeben werden. Die Folge dieser Erklärung ist, dass die *actio de dolo* heute noch als subsidiäre Klage anzusehen ist.

Eine dritte Meinung[78]) geht dahin, der Grund der Subsidiarität sei zwar in der historischen Entwicklung zu suchen, aber die Rücksicht auf die infamierende Wirkung sei hier nicht ohne Einfluss gewesen. Dieses ergebe einerseits das Festhalten an der Subsidiarität zu einer Zeit, in der man von dem Zweck, den der Prätor bei der Einführung der *actio* verfolgte, nichts mehr wusste, andererseits gehe dies aus mehreren Quellenstellen späterer Zeit hervor, die die Subsidiarität mit der infamierenden Wirkung in

---

[73]) Savigny, System VII, S. 199.
[74]) Hänel a. a. O. S. 416.
[75]) Windscheid, Pand. § 451, Anm. 10.
[76]) Ziegler a. a. O. S. 33.
[77]) namentlich Pernice Labeo II, S. 97, 98 f. Dernburg, Pand. II, § 136.
[78]) Jahr a. a. O. S. 36.

Bezug brächten, wie z. B. fr. 7, § 1 *de in integr. rest. 4, 1: deceptis sine culpa sua maxime si fraus ab adversario intervenerit, succurri opportebit, cum etiam de dolo malo actio competere soleat, et boni praetoris est, potius restituere litem, ut et ratio et aequitas postulabit, quam actionem famosam constituere, ad quam tunc demum descendendum est, cum remedio locus esse non potest.*

Letztere, unseres Erachtens richtige, Ansicht sieht ebenfalls wie die zweiterwähnte Ansicht in der *actio de dolo* eine auch heute noch subsidiäre Klage, da ja der Grund der Subsidiarität hauptsächlich in der historischen Entwicklung zu suchen ist, die Infamie dagegen nur mitwirkte, ihr den subsidiären Charakter zu geben.[79])

Die Subsidiarität tritt hauptsächlich da hervor, wo der Betrogene gegen einen anderen als den Urheber des *dolus* mit Erfolg klagen kann. Erst wenn diese Klage gegen den Dritten sich als erfolglos erwiesen hat, kann der Betrogene sich mit der *actio de dolo* an den Urheber des Betrugs halten.[80])

Aus Glück's Pandekten[81]) entnehmen wir hierfür (wenn auch aus anderem Zusammenhang) folgendes Beispiel: „Titius leiht bei einem Handel über gewisse Waren wissentlich falsch Gewicht. Ist hierdurch der Verkäufer verletzt worden, so fordert er das, was der Käufer durch diesen Betrug des Titius an Waren zu viel erhalten hat, mit der *condictio indebiti* zurück. Ist hingegen der Käufer dadurch verletzt worden, dass des Titius Gewichte zu leicht waren, so kann dieser auf Nachschuss des Abgangs der Waren gegen den Verkäufer *actione empti* klagen. Gegen den Titius hingegen findet die *actio doli* nur dann statt, wenn die *actio ordinaria* zur Entschädigung des Betrogenen nicht zureicht oder garnicht stattfinden kann, z. B. wenn die Waren unter der ausdrücklichen Bedingung verkauft worden sind, dass sie nach den Gewichten des Titius abgewogen und überliefert werden sollten, weil dieser betrügerischerweise versichert hatte, dass seine Gewichte richtig wären.[82])"

Praktisch anwendbar ist heute die *actio de dolo* nur noch in Fällen ausserkontraktlichen Betruges, da, wie oben erwähnt, in Vertragsverhältnissen die Klage aus dem Vertrage zur Durchführung der Ansprüche aus einem Betruge beim Vertragsschluss dient.

---

[79]) Jahr a. a. O. S. 36, 37 ff.
[80]) Eb. Dernburg, Pand. II, § 136. Pernice Labeo II, S. 98.
[81]) Glück, Pand. IV, S. 136, 137.
[82]) cf. *fr. 18 de dolo malo 4, 3.*

Die *actio de dolo* verjährt in 2 Jahren[83]) und zwar, ohne Rücksicht auf die Subsidiärität, von dem Zeitpunkt ihrer Entstehung ab gerechnet, geht jedoch nach der Verjährung noch auf den Betrag der Bereicherung des Beklagten.[84])

Erwähnt mag noch werden, dass die im römischen Recht bestehende Verweigerung der Klage, wenn der doloserweise angerichtete Schade nicht zwei *aurei* betrug,[85]) sowie Respektspersonen gegenüber[86]) ebenso, wie ihre infamierende Wirkung heute weggefallen ist.[87])

3. Die exceptio doli specialis.

Während die Kontraktsklage und die *actio de dolo* dem angriffsweisen Vorgehen des Betrogenen, der die ihm auf Grund des doloserweise zustande gekommenen Vertrags obliegende Leistung bereits bewirkt hat, dienen, dient die *exceptio doli specialis* der Verteidigung des Betrogenen gegen die Geltendmachung der vertragsmässigen Ansprüche des Betrügers. Sie geht gegen den Betrüger und seinen Universalsuccessor schlechthin, ebenso gegen den Cessionar einer betrügerischerweise begründeten Forderung.[88]) Denn durch die Cession darf die Stellung des *debitor cessus* nicht verschlechtert werden. Die früher herrschende entgegengesetzte Meinung, die *exceptio doli* gehe nicht gegen den Cessionar, eine Ansicht, die sich hauptsächlich auf fr. 4, § 27 f. *de doli mali exc.* stützte, ist durch Vangerow als unrichtig verworfen worden.[89]) In Uebereinstimmung mit der Glosse behauptet er, die erwähnte Stelle beziehe sich gar nicht auf eine Cession. Es werde vielmehr die Frage erörtert: *an de auctoris dolo exceptio emptori obiiciatur?* Der Fall sei folgender: A überträgt dem B eine Sache zu Eigentum, wobei B sich eines *dolus* schuldig macht; B verkauft nun die Sache weiter an C, aus dessen Händen sie irgendwie wieder an A zurückkommt. Die Frage nun, ob A der *rei vindicatio* des C die *exceptio doli*, die er dem B unzweifelhaft entgegensetzen kann, entgegenhalten

---

[83]) *c. 8 de dolo malo 2, 20.*

[84]) *c. 8 eod.* eb. Dernburg II, § 136; eb. Windscheid, Pand. § 451, 2. Ziegler a. a. O. S. 51 f.

[85]) *fr. 9, § 5, fr. 10* u. *11 de d. m. 4, 3,* cf. auch Pernice a. a. O. S. 99.

[86]) *fr. 11* u. *12, h. t. C. 5. h. t.* Diesen gegenüber soll nur eine *actio in factum* auf die Bereicherung gegeben sein.

[87]) So Windscheid, Pand. § 451, Anm. 10. Dernburg, Pand. II, § 136, Anm. 7.

[88]) *fr. 4, § 27* u. *31, de doli mali exc. 44, 4.*

[89]) Vangerow, Pand. III, § 575, Anm. 1, Abs. 1.

könne, werde mit Recht verneint. Denn trotz des Betruges sei das Eigentum auf B und von diesem auf C übergegangen. C klage also aus seinem Eigentum. Der Cessionar dagegen klage nur aus dem Recht des Cedenten, dessen Forderung er geltend machen wolle, und die gerade so beschränkt sei, wie sie es beim Cedenten gewesen wäre.

Wir haben also gesehen, dass die *exceptio doli specialis* wohl dem Cessionar einer Forderung, nicht aber dem dritten Erwerber eines dinglichen Rechts entgegensteht. Eine Ausnahme von letzterem macht das römische Recht nur, wenn der Dritte das dingliche Recht unentgeltlich erworben hat, ausserdem auch dann, wenn ihm die Sache verpfändet worden war.[90])

Zum Schlusse soll noch erwähnt werden, dass von einigen Schriftstellern auch

4. die in integrum restitutio

als Rechtsmittel gegen den Betrug erwähnt wird.[91])

Massgebend für diese Ansicht soll sein fr. 1 und 2 *de in i. r. 4, 1. Utilitas huius tituli non eget commendatione, ipse enim se ostendit. Nam sub hoc titulo plurifariam praetor hominibus vel lapis vel circumscriptis subvenit, sive metu, sive calliditate, sive aetate, sive absentia inciderunt in captionem.* fr. 2 *sive per status mutationem aut iustum errorem.*

Allein aus dieser Stelle darf nicht der Schluss gezogen werden, dass in allen Fällen einer *calliditas* Restitution Platz greifen müsse; nimmt man dieses an, so lässt sich aus fr. 2 der Schluss nicht abweisen, dass der Irrtum überall Restitutionsgrund ist.[92]) Irrtum ist im Gebiete des materiellen Rechts aber nur in einem Fall Restitutionsgrund, nämlich, wenn Erbschaftsgläubiger, durch einen entschuldbaren Irrtum bewogen, sich die Rechtswohlthat der Gütertrennung geben liessen.[93])

Massgebend für die Entscheidung der Frage, ob die *in integrum restitutio propter dolum* auch im Gebiete des materiellen Rechts gegeben sei, werden die einzelnen diesbezüglichen Quellenstellen sein.

Hiermit stimmt Windscheid[92]) überein: „Es kommt auf die einzelnen Quellenentscheidungen an, in denen die Wiedereinsetzung

---

[90]) *fr. 4, § 29 u. 30 de d. m. exc. 44, 4.*

[91]) Behrndt a. a. O. S. 3 und der dort citierte von Schröder: Ueber Wesen und Umfang der in *integr. rest.* in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozess. Dagegen Puchta, Pand. § 102, Anm. c. Savigny, System VII, S. 195 f. Windscheid, Pand. § 118. Ziegler a. a. O. § 12.

[92]) cf. Windscheid, Pand. § 118, Anm. 6. Ziegler a. a. O. S. 37.

[93]) *fr. 1, § 17 de sep. 42, 6.* Windscheid a. a. O.

wegen Betrugs zur Anwendung gebracht wird.“ Ebenso Ziegler:[92]) „Es bleibt also nur übrig, die einzelnen Quellenentscheidungen . . . einer Prüfung zu unterziehen.“

Die Betrachtung der einzelnen Quellenstellen ergiebt aber, dass sie sämmtlich prozessuale Fälle behandeln, in denen die *in integrum restitutio* gewährt wird.

So wird in fr. 7 § 1 *de in int. r. 4, 1*[94]) von *„restituere litem“* gesprochen; fr. 33 *de re iud. 42, 1* handelt von einer durch Hintergehung des Richters erlangten Entscheidung und deren Restitution.[95])

fr. 18 *de int er11, 1 „Qui ex parte dimidia heres erat cum absentem coheredem suum defendere vellet, ut satisdationis onus evitare possit, respondit, se solum heredem esse et condemnatus est: quaerebat actor, cum ipse solvendo non esset, an rescisso superio iudicio in eum, qui re vera heres erat, actio dari deberit. Proculus respondit, rescisso iudicio posse agi. idque est verum,* nennt zwar den Betrug nicht, kann deshalb, wie Windscheid meint, auch auf den Irrtum bezogen werden. Man kann die Stelle aber auch auf den Betrug beziehen. Jedenfalls aber handelt sie von der Restitution gegen ein *iudicium*, was sich aus den Worten: *„rescisso iudicio“* ergiebt.

fr. 3 § 1 *de eo per quem 2, 10: „Plane si is, qui dolo fecerit, quominus in iudicio sistatur, solvendo non fuerit, aequum erit adversus ipsum reum restitutoriam actionem competere, ne propter dolum alienum reus lucrum faciat et actor damno adficiatur“* handelt von einer Wiedereinsetzung wegen Versäumung im Prozess, fr. 7 § 1 *de i. integrum rest.* von einem *„restituere litem“*.

Dass die eben besprochenen Fälle lediglich prozessualer Natur sind, giebt auch Behrndt[96]) zu, der im übrigen für die Gültigkeit der Restitution auch im materiellen Recht eintritt. Dafür sprächen namentlich *c. 3. quib. e c m. 2. 53.* und *c 10 de resc. vend. 4. 44.*

Hinsichtlich der erstgenannten Stelle sind jedoch selbst Anhänger der erwähnten Ansicht im Zweifel, ob hierin nicht etwa

---

[94]) **oben S. 70.**

[95]) *Divus Hadrianus, aditus per libellum a Julio Tarentino et indicante eo falsis testimoniis, conspiratione adversariorum, testibus pecunia corruptis, religionem iudicis circumventam esse, in integrum causam restituendam in haec verba rescripsit: „Exemplum libelli dati mihi a Julio Tarentino mitti tibi iussi: tu, si tibi probaverit conspiratione adversariorum et testibus pecunia corruptis oppressum se, et rem severe vindica et, si qua a iudice tam malo exemplo circumscripto iudicata sunt, in integrum restitue.“*

[96]) **Behrndt a. a. O. S. 18.**

von einer *restitutio propter metum* die Rede sei,[97]) die Stelle kann desshalb hier übergangen werden. Was die letztgenannte *c 10* anbetrifft,[98]) so kann man hier mit *Savigny*[99]) annehmen, dass die Worte: *„in integrum restitutio"* bedeuten, dass hier die Kontraktsklage, die *a. venditi* auf Reszission des Vertrags gehend, zuständig sein soll. Dass diese Klage mit dem Ausdruck *„in integrum restitutio"* gemeint ist, ist um so weniger auffallend, als in der That, wie Ziegler mit Recht annimmt, die Reszission eines Vertrags nicht selten einer wirklichen *in integrum restitutio* ganz gleichkommt, und in jedem Fall grosse Aehnlichkeit mit derselben hat.[100])

Selbst Behrndt, der im übrigen diese Auffassung der betr. Stelle bekämpft, muss zugeben, dass ein derartiger „abusiver Gebrauch der Ausdrücke *„in integrum restitutio"* und *„in integrum restituere"* sich nicht selten in den Quellen findet, so in *fr. 23 § 7. de aed. ed. 21. 1. etc."*

Wir kommen also zu dem Resultat, dass eine *restitutio in integrum propter dolum* in den Quellen nur in prozessualer Hinsicht anerkannt ist, dass sich eine materiellrechtliche *in integrum restitutio propter dolum* nicht nachweisen lässt.[101])

---

[97]) **Behrndt a. a. O. S. 20.**

[98]) *c. 10 de r. v. 4, 44: dolus emptoris qualitate facti, non quantitate pretii aestimatur . . quem si fuerit intercessisse probatum, non adversus eum, in quem emptor dominium transtulit, rei vindicatio venditori, sed contra illum, cum quo contraxerat in integrum restitutio competit.*

[99]) **Savigny, System VII, S. 106.**

[100]) **Ziegler a. a. O. § 12.**

[101]) **Uebereinstimmend Windscheid Pand. I, § 118, Anm. 6. Savigny, System a. a. O. Ziegler a. a. O.**

B. Die arglistige Täuschung und die Rechtsfolgen derselben nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

Erster Abschnitt.

§ 10.

Begriff und Voraussetzungen der arglistigen Täuschung. Die Anfechtung gemäss § 123 B.G.B.

Der Begriff des Betrugs ist nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch derselbe, wie nach dem Gemeinen Recht; es wird deshalb bei der Darstellung der Voraussetzungen auf das für das Gemeine Recht Gesagte verwiesen werden können. Während aber nach Gemeinem Recht die an den Betrug geknüpfte Rechtswirkung derart ist, das bei Gültigkeit des Vertrags die Parteien nur obligatorisch verpflichtet sind, untereinander so zu behandeln, als ob die Willenserklärung nicht stattgefunden hätte, ist nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch die Rechtswirkung der arglistigen Täuschung eine in *rem* wirkende Anfechtbarkeit.[1])

Besonders und analog dem Gemeinen Recht ist das arglistige Verschweigen von Mängeln im Recht oder Fehlern der Sache bei Kauf, Miete, Schenkung, Leihe etc. behandelt. —

Was die arglistige Täuschung beim Vertragsschluss anbetrifft, so bestimmt hierüber § 123: „Wer zur Abgabe einer Willenserklärung durch arglistige Täuschung . . . bestimmt worden ist, kann die Erklärung anfechten".

Der erste Entwurf erforderte Betrug.

Der dem § 123 entsprechende § 103 lautete hier: „Ist jemand zur Abgabe einer Willenserklärung widerrechtlich durch Betrug bestimmt worden, so kann er die Willenserklärung an-

[1]) Motive, S. 204.

fechten". Zu dieser Aenderung bemerkt Planck[2]): „Mit Rücksicht darauf, dass es hiernach zweifelhaft sein könnte, ob der strafgesetzliche Thatbestand des Betrugs (St.G.B. § 263) erfordert werde, ob also eine Vermögensbeschädigung vorliegen müsse, hat die zweite Kommission den Ausdruck „Betrug" durch „arglistige Täuschung" ersetzt. Eine solche genügt immer, um die Anfechtbarkeit zu begründen, mag eine Vermögensbeschädigung eingetreten oder bezweckt sein oder nicht".[3])

Das B.G.B. hat also als Voraussetzung des Betrugs weder das Motiv noch den Erfolg der Vermögensbeschädigung eines andern aufgestellt, ebenso, wie das Gemeine Recht.[4]), [5]) Auch andere Motive werden, wie aus dem folgenden hervorgeht, nicht zur Voraussetzung der Anfechtung gemacht.

Betrachten wir die einzelnen Erfordernisse, die § 123 für dieses Anfechtungsrecht aufstellt, so finden wir zunächst, dass erfordert wird eine Täuschung, d. h. eine Entstellung der Wahrheit derart, dass dadurch ein Irrtum des Gegners über Thatsachen erregt, oder ein bereits vorhandener Irrtum nicht aufgeklärt wird. (S. oben S. 24 ff., namentlich über die Aufklärungspflicht dem Gegner gegenüber.)

Die Täuschung muss eine arglistige sein, d. h. der Täuschende muss den Irrtum des Gegners wissen und in böslicher Absicht wollen.[6])

In ähnlicher Weise versteht Endemann unter Arglist „das absichtliche Hervorrufen eines nachteiligen und irrtümlichen Willensentschlusses im Gegner durch Vorspiegelung falscher oder durch Entstellung oder Unterdrückung wahrer Thatsachen".[7])

Wie bereits oben bemerkt, kann die Täuschung eine positive oder negative sein, d. h. sie kann geschehen dadurch, dass ein Irrtum im Gegner hervorgerufen oder ein bereits vorhandener Irrtum nicht aufgeklärt wird. Auch hier gilt das oben S. 13 Gesagte, dass positive Täuschung immer arglistig ist, dass dagegen einfaches Verschweigen in Kenntnis des gegnerischen Irrtums nur dann als arglistige Täuschung angesehen werden kann, wenn und soweit dem irrenden Gegner gegenüber eine Aufklärungspflicht bestand. Hiermit stimmt auch Cosack[8]) überein: „Der

---

[2]) a. a. O. S. 174.

[3]) Ebenso Matthiass a. a. O. § 53 B. Scherer a. a. O. S. 190.

[4]) Dagegen hat die Geltendmachung des Schadenersatzanspruchs eine Vermögensbeschädigung zur Voraussetzung. S. unt. § 11.

[5]) Ebenso Endemann a. a. O. S. 313 c. Scherer a. a. O. S. 190 III.

[6]) So Rehbein a. a. O. zu § 123, cf. auch oben S. 16 f.

[7]) Endemann a. a. O. I, § 73, I 1.

[8]) a. a. O. § 65 c.

Irrtum muss durch die Täuschung hervorgerufen sein; es genügt also nicht, dass eine Partei von selber auf ihre irrige Vorstellung gekommen ist, und nun die Gegenpartei den Irrtum erkennt und zu ihrem Vorteil ausnutzt. Anders nur dann, wenn im Einzelfall die irrende Partei berechtigt ist, von der Gegenpartei eine Aufklärung ihres Irrtums zu erwarten; denn alsdann wird sie schon dadurch arglistig getäuscht, dass die Gegenpartei die Aufklärung wissentlich unterlässt". Ebenso Matthiass[9]): „Arglistige Täuschung ist Erregung oder Benutzung eines Irrtums. . . . Benutzung bedeutet Verschweigen von Thatsachen, die dem andern unbekannt sind, unter Verletzung der Aufklärungspflicht". Zu weit geht unseres Erachtens Scherer,[10]) der das einfache Verschweigen nicht als arglistige Täuschung ansieht, vielmehr erfordert, dass eine positive Thätigkeit, fraudulose Manöver hinzutreten. Er sagt: „Einfaches Verschweigen ohne Hinzutreten einer positiven Thätigkeit ist zwar eine Täuschung, aber keine arglistige (über das arglistige Verschweigen von Mängeln, s. unten § 12 f.).

Ob der Irrtum des Betrogenen entschuldbar ist oder nicht, ist wie nach Gemeinem Recht ohne Bedeutung. Dies wird von den Motiven ausdrücklich hervorgehoben[11]) und auch in der Litteratur einstimmig anerkannt.[12])

Nicht gleichgültig ist es dagegen, ob der Irrtum des Betrogenen ein Irrtum im Sinne von § 119 ist oder nicht.[13]) § 119 lautet: „Wer bei der Abgabe einer Willenserklärung über deren Inhalt im Irrtum war, oder eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte, kann die Erklärung anfechten, wenn anzunehmen ist, dass er sie bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde".

Danach würde der Irrende auch bei Vorliegen eines Irrtums im Motiv nach § 119 anfechten können, da durch die Fassung des B.G.B. der Unterschied zwischen Geschäftsirrtum und Irrtum

---

[9]) Matthiass, § 53, II A a. a. O.

[10]) Scherer a. a. O. S. 194.

[11]) a. a. O. I, S. 208: „Wie indessen der durch Betrug hervorgerufene Irrtum beachtet wird ohne Rücksicht darauf, ob er entschuldbar oder nicht entschuldbar ist" . . . . .

[12]) So Matthiass: „Ob der Irrtum beim Getäuschten entschuldbar oder unentschuldbar ist, bleibt gleichgültig". I, § 53, III B. eb. Cosack a. a. O. § 65, I, 4 etc.

[13]) Endemann a. a. O. § 73, 1 a. Ebenso Matthiass, § 52, II, 3 D. Cosak, § 65.

im Motiv verwischt ist,[14]) vorausgesetzt, dass der Betrogene beweisen könnte, dass er 1tens bei genauer Kenntnis der Sachlage (subjektives Moment) und 2tens bei verständiger Würdigung des Falles (objektives Moment) die Erklärung nicht würde abgegeben haben. (Ebenso Endemann a. a. O. § 73 I, 1 b. Matthiass § 53 a S. 195.)

Liegt aber ein Irrtum vor, der nicht den Erfordernissen des § 119 entspricht, und ist dieser Irrtum von einem andern arglistig hervorgerufen oder benutzt worden, so ist aus dem Gesichtspunkt der arglistigen Täuschung die Anfechtung insofern erleichtert, als der Irrende nur zu beweisen hat, dass er bei Kenntnis der Sachlage die Erklärung nicht abgegeben haben würde.[15]) (Subjektives Moment).

Denn er muss, wie § 123 sagt, durch die arglistige Täuschung zur Abgabe der Willenserklärung bestimmt worden sein, mit andern Worten, er darf ohne arglistige Täuschung bei genauer Kenntnis der wahren Sachlage die Willenserklärung nicht abgegeben haben.

Was den Beweis dieses Kausalzusammenhangs zwischen der arglistigen Täuschung und der Willenserklärung anlangt, so

---

[14]) Der Entwurf I schied noch deutlich den Geschäftsirrtum und den Irrtum im Motiv und liess eine Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts wegen Irrtums nach § 98 nur bei Vorliegen eines Geschäftsirrtums zu. § 98 lautete: „Beruht der Mangel der Uebereinstimmung des wirklichen Willens mit dem erklärten Willen auf einem Irrtum des Urbebers, so ist die Willenserklärung nichtig, wenn anzunehmen ist," etc. In § 102 war ausdrücklich dem Irrtum im Beweggrunde jede Einwirkung auf das Rechtsgeschäft versagt. Der betreffende § 102 lautete: „Ein Irrtum in den Beweggründen ist, sofern nicht das Gesetz ein Anderes bestimmt, auf die Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts ohne Einfluss." Dies ist im B.G.B. gestrichen.

Die Fassung des § 119, wo zwischen einem Irrtum über den Inhalt der Erklärung und in der Erklärungshandlung unterschieden wird, ist, wie Endemann a. a. O. § 72, Anm. 5 unter Hinweis auf die Kommissionsprotokolle S. 226 bemerkt, deshalb gewählt worden, um es offen zu halten, ob hier überall der Irrtum die Willenswirklichkeit ausschliessen könne, oder ob er dies nur im Falle 2 thue; und ferner, ob es sich in jenen Fällen um einen Irrtum im Beweggrunde oder um die Nichtübereinstimmung des Willens mit der Erklärung handle.

„Aus dieser Ordnung des B.G.B. über die Voraussetzungen der Anfechtung ergiebt sich, dass nicht mehr schlechthin der Leitsatz aufgestellt werden kann, der Irrtum im Beweggrunde finde bei Rechtsgeschäften keine Beachtung."

Endemann a. a. O. § 72, I, 1. Ebenso Scherer a. a. O. S. 173. Rehbein zu § 119. Matthiass § 53 (S. 195): „Nach dem B.G.B. ist es für die Frage, ob der Irrtum Anfechtbarkeit begründen soll, gleichgültig, dass er ein Irrtum im Beweggrunde ist oder nicht".

[15]) So Cosack a. a. O. § 65. Endemann a. a. O. § 73.

werden auch hier die oben S. 22 ff. erörterten Grundsätze massgebend sein.

Der Betrogene kann den Vertrag anfechten durch eine Erklärung an den Anfechtungsgegner § 123, 143. Diese Anfechtungserklärung ist an keine bestimmte Form gebunden. Nicht notwendig ist, wie Planck[16]) bemerkt, „dass der Ausdruck „Anfechtung" gebraucht wird; es genügt, wenn sich aus der Erklärung der Wille des Erklärenden ergiebt, dass das Rechtsgeschäft unwirksam sein solle". Andererseits ist aber, wie die Motive zu § 113 jetzt § 143 (Motive S. 221) bemerken, zur Anfechtung eines anfechtbaren Rechtsgeschäfts eine beliebige, auf die Entkräftung desselben gerichtete Willenserklärung des Anfechtungsberechtigten nicht genügend, sondern es ist eine gegenüber dem Anfechtungsgegner abzugebende, den Anfechtenden bindende Willenserklärung zu erfordern.

Man hat davon abgesehen, die Anfechtung an das Erfordernis der gerichtlichen Geltendmachung zu knüpfen, um ihre Ausübung nicht zu erschweren.[17])

Hinsichtlich der Zeit, innerhalb der die Anfechtung erfolgen muss, bestimmt § 124: „Die Anfechtung einer nach § 123 anfechtbaren Willenserklärung kann nur binnen Jahresfrist erfolgen. Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, in welchem der Anfechtungsberechtigte die Täuschung entdeckt. . . . Auf den Lauf der Frist finden die für die Verjährung geltenden Vorschriften des § 203, Abs. 2 und der §§ 206, 207 entsprechende Anwendung".

Hiernach ist die Verjährung der Anfechtung gehemmt, wenn nach der Entdeckung der Getäuschte durch höhere Gewalt an der Anfechtung verhindert ist. Ferner ist die Vollendung der Verjährung gehemmt, wenn der Getäuschte eine geschäftsunfähige oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person ohne gesetzlichen Vertreter ist, oder aber, wenn das Anfechtungsrecht zu einem Nachlasse gehört oder sich gegen einen Nachlass richtet. In diesen Fällen wird die Verjährung der Anfechtung nicht vollendet vor dem Ablauf von 6 Monaten, gerechnet im ersteren Falle von dem Zeitpunkte an, in welchem die getäuschte Person unbeschränkt geschäftsfähig wird, oder der Mangel der Vertretung aufhört, im letzteren Falle von dem Zeitpunkt, in dem die Erbschaft von den Erben angenommen oder der Konkurs über den Nachlass eröffnet wird, oder von welchem an die Anfechtung von oder gegen einen Vertreter geltend gemacht werden kann.

---

[16]) a. a. O. S. 194. Ebenso Enneccerus a. a. O. § 64, I.
[17]) Motive S. 220, 221.

Die Anfechtung ist nach § 124, Abs. 3 ausgeschlossen, wenn seit der Abgabe der Willenserklärung 30 Jahre verstrichen sind. Die dreissigjährige Frist beginnt, ohne Rücksicht auf die Entdeckung der arglistigen Täuschung, mit der Abgabe der Willenserklärung und kommt selbstverständlich nur dann zur Geltung, wenn die Anfechtung nicht schon infolge Versäumung der einjährigen Frist ausgeschlossen ist.[18]) Ueber die Beweislast in Betreff der einjährigen Frist bemerkt Planck,[19]) dass der, welcher den Ausschluss der Anfechtung geltend macht, zu beweisen habe, dass und wann die Täuschung entdeckt sei. Dem Anfechtungsberechtigten liege dann der Beweis ob, dass die Anfechtung innerhalb Jahresfrist seit jenem Zeitpunkt erfolgt sei.

Ueber die Wirkung der Anfechtung giebt uns § 142 Aufklärung. Er bestimmt: „Wird ein anfechtbares Rechtsgeschäft angefochten, so ist es als von Anfang an nichtig anzusehen.

Wer die Anfechtbarkeit kannte oder kennen musste, wird, wenn die Anfechtung erfolgt, so behandelt, wie wenn er die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts gekannt hätte oder hätte kennen müssen".

Zu diesem dem § 112 des ersten Entwurfs im wesentlichen entsprechenden Paragraphen[20]) bemerken die Motive:[21]) „Unter Anfechtbarkeit wird diejenige Ungültigkeit verstanden, kraft deren einem Rechtsgeschäfte die Gültigkeit nicht sofort, sondern erst dann — dann aber auch rückwärts — entzogen wird, wenn eine darauf bezügliche Willenserklärung von dem hierzu Berechtigten abgegeben wird. Das anfechtbare Rechtsgeschäft steht unter einer auflösenden Gesetzesbedingung, deren Eintritt besonderer Bestimmung zufolge rückwirkende Kraft hat. So lange nicht angefochten ist, besteht das Rechtsgeschäft. Erfolgt die Anfechtung, so wird das Rechtsgeschäft hinsichtlich der gewollten rechtlichen Wirkungen so angesehen, als ob es nicht vorgenommen worden wäre. Der frühere Zustand wird alsdann unter den Parteien von Rechts wegen wieder hergestellt. Ist Eigentum an einer beweglichen Sache anfechtbar übertragen, so fällt dasselbe mit der Anfechtung zurück, ohne dass es der Rückübertragung bedarf. Handelt es sich um ein Grundstück, so wird der Inhalt des

---

[18]) § 124, 3. „Die Anfechtung ist ausgeschlossen, wenn seit der Abgabe der Willenserklärung dreissig Jahre verstrichen sind".

[19]) a. a. O. zu § 124.

[20]) Abgesehen davon, dass der Abs. 2 des § 142 im Entw. I fehlt. Der § 112 lautet hier: „Ein anfechtbares Rechtsgeschäft wird im Falle der Anfechtung in Ansehung der gewollten rechtlichen Wirkungen so angesehen, als ob es nicht vorgenommen wäre, es sei denn, dass durch das Gesetz geringere Wirkungen der Anfechtung vorgeschrieben sind".

[21]) a. a. O S. 119.

Grundbuchs unrichtig und es kann die Berichtigung desselben verlangt werden (§ 894 B.G.B.). Abgetretene Forderungen fallen von selbst zurück, erlassene Forderungen leben wieder auf. Die Anfechtung wirkt in solcher Weise nicht nur unter den Parteien, sondern auch gegen Dritte, welche in der Zeit zwischen der Vornahme des Rechtsgeschäfts und der Anfechtung den auf Grund des anfechtbaren Rechtsgeschäfts übertragenen Gegenstand erwarben bezw. Rechte an demselben erlangt oder sonst mit der einen oder anderen Partei anlässlich der durch das anfechtbare Rechtsgeschäft geschaffenen Rechtslage in Geschäfte sich eingelassen haben".

Also eine rückhaltlose völlige Auflösung des Rechtsgeschäfts wird durch die Anfechtung herbeigeführt, gerade, als ob die Willenserklärung überhaupt nicht abgegeben worden wäre; das Rechtsgeschäft ist — wie § 142 sagt — als von Anfang an nichtig anzusehen. Man hat deshalb mit Recht diese Anfechtbarkeit als schwebende, vom Willen des Anfechtungsberechtigten abhängige Nichtigkeit bezeichnet.[22])

In dieser Behandlung des durch arglistige Täuschung zustande gekommenen Geschäftes liegt der Unterschied zwischen dem B.G.B. und Gemeinen Recht.

Denn letzteres lässt die Willenserklärung als solche gelten[23]) und kommt dem Beeinflussten lediglich mit einem im Wege der Klage oder Einrede[23]) verfolgbaren Ausgleichungsanspruche zu Hülfe. Zu dieser unterschiedlichen Behandlung bemerken die Motive[24]): „Hat die Willenserklärung ausschliesslich zu einer Aenderung der Rechtsbeziehungen zwischen dem Betrüger und dem Betrogenen geführt, so ist es im praktischen Ergebnisse der Regel nach gleich, ob die Erklärung in Kraft bleibt, aber das gesamte Interesse daran, dass sie ihre Kraft nicht verliert, ersetzt werden muss, oder ob die Erklärung auf den von dem Betrogenen kund gegebenen Willen hin ihrer Kraft unmittelbar entkleidet wird. Immerhin zeigt sich auch hier eine wichtige Verschiedenheit, wenn der Betrüger, welchem infolge der rechtswidrigen Beeinflussung ein Gegenstand geleistet ist, in Konkurs gerät; durch den persönlichen Wiederherstellungsanspruch ist der Beeinflusste solchenfalls nicht zur Genüge geschützt. Beschränken dagegen die Wirkungen der Willenserklärung sich nicht auf die unmittelbar Beteiligten, ist vielmehr das Geleistete im Wege der Sondernachfolge in die Hände eines Dritten gelangt, so versagt der persönliche Wieder-

[22]) So nam. Enneccerus-Lehmann a. a. O. I, § 63.

[23]) Siehe oben § 6. Die Einrede geht ausserdem nur gegen best. Personen. Vgl. oben § 9, 3.

[24]) a. a. O. S. 205.

herstellungsanspruch vollständig, und der gegen den etwa mitschuldigen Dritten bestehende Deliktsanspruch befriedigt das Bedürfnis in keiner Weise". — Ist nun in diesem Falle der Betrüger auch noch insolvent, so hat der Betrogene das Nachsehen.

Die infolge der Anfechtung eintretende Nichtigkeit des B.G.B. dagegen wirkt auch gegenüber jedem Dritten. Dass hierdurch eine Beeinträchtigung der Verkehrssicherheit eintrete, ist durch die Einzelbestimmungen des B.G.B. verhindert worden. Die Motive[25]) wenden sich ausdrücklich unter Hinweis auf diese Einzelbestimmungen gegen einen derartigen Vorwurf. „Soweit der Dritte Sondernachfolger ist, kommt ihm im Falle der Anfechtung der Schutz des Vertrauens auf den Inhalt des Grundbuchs (vgl. § 892, 1138, 1155) sowie der Schutz des guten Glaubens bei dem Erwerbe beweglicher Sachen und dem Erwerbe von Rechten an solchen (vgl. §§ 932 bis 936, 1007, 1208, 1273) zu statten, sofern er zur Zeit des Erwerbes die Anfechtbarkeit nicht gekannt, bezw., was den Erwerb in gutem Glauben anlangt, seine Unkenntnis auch nicht auf grober Fahrlässigkeit beruht hat.

Weiter zu gehen und den Sondernachfolger im Falle der Anfechtung günstiger zu stellen, als in andern Fällen Personen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, liegt kein Grund vor. Wie daher, soviel im besonderen die Abtretung einer Forderung anlangt, der gute Glaube bei dem Erwerbe überhaupt nicht geschützt wird, so kann auch hier ein solcher Schutz nicht eintreten.

Ist der Dritte nicht Sondernachfolger, so steht ihm für den Bereich des Grundbuchrechts der öffentliche Glaube des Grundbuchs gemäss §§ 892, 1138, 1155 ebenfalls zur Seite. Ferner wird, soweit eine anfechtbare Vollmachtserteilung in Frage steht, der Dritte, der mit dem Bevollmächtigten in Verkehr getreten ist, der Regel nach durch die Vorschriften der §§ 171—173 geschützt sein. Was aber die Fälle betrifft, in welchen der Dritte, obwohl er die Anfechtbarkeit kennt, mit den Beteiligten sich doch einlassen muss, weil das anfechtbare, aber noch nicht angefochtene Rechtsgeschäft zu Recht besteht, im besonderen die Fälle, in welchen ein begründeter Anspruch befriedigt werden muss, so ist hier . . . . . für den ohne Zweifel wichtigsten Fall der Erfüllung seitens des Schuldners bei anfechtbarer Abtretung durch die §§ 409, 410 Fürsorge getroffen. Des Weiteren stehen dem Dritten der Regel nach das Hinterlegungsrecht nach § 372, S. 2, das Recht der Kondiktion nach § 812 und unter Umständen das Recht der Streitverkündung nach § 69 (jetzt 72) C.P.O. zu Gebote.

---

[25]) **Motive S. 219, 220 zu § 112, jetzt 142.**

Dritte Personen, welche nicht Sondernachfolger sind, gegenüber der Anfechtung allgemein zu schützen, muss Abstand genommen werden, weil damit einerseits über das Bedürfnis hinausgegangen, anderseits die Wirksamkeit der Anfechtung in zu grossem Umfange abgeschwächt würde."

Bei nicht empfangsbedürftigen Willenserklärungen ist es gleichgültig, von wem der Betrug ausgegangen ist: die Anfechtung kann jedem Dritten gegenüber erfolgen, der unmittelbar einen rechtlichen Vorteil aus dem Rechtsgeschäft erlangt hat. Die Anfechtung kann nicht erfolgen gegen seinen Sondernachfolger oder den, der sonstwie mittelbar einen rechtlichen Vorteil aus dem Rechtsgeschäft erlangt hat.[26], [27])

Für die Mehrzahl der Fälle, in denen es zweifelhaft ist, wer einen rechtlichen Vorteil aus dem Rechtsgeschäft erlangt hat, hilft nach Planck[27]) die Vorschrift des § 143, Abs. 4, S. 2, nach der die Anfechtung einer Erklärung, welche einer Behörde gegenüber abzugeben war, dieser gegenüber erfolgen kann. Vorschriften dieser Art seien enthalten in den §§ 928, 1077, 1109, 1188, 1196, 1491, 1492 etc.

Bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen dagegen — und dieses dürfte uns hauptsächlich interessieren — kommt es darauf an, ob der Erklärungsempfänger oder ein Dritter den Betrug verübt hat. Hat der Erklärungsempfänger den Betrug verübt, so kann natürlich ihm gegenüber die Willenserklärung angefochten werden; er ist, wie § 143, Abs. 1 sagt, der Anfechtungsgegner.[28])

Er bleibt der Anfechtungsgegner auch dann, wenn das durch das Rechtsgeschäft begründete, übertragene oder von einer Belastung befreite Recht inzwischen auf einen anderen übertragen ist. Nur die allgemeinen Rechtsnachfolger des anderen Teils treten an dessen Stelle.[27])

In gleicher Weise ist der Erklärungsempfänger Anfechtungsgegner, wenn zwar ein Dritter die arglistige Täuschung verübt hat, der Erklärungsempfänger aber die Täuschung kannte oder kennen musste. § 123. Abs. 2, S. 1.

Hat dagegen ein Dritter die arglistige Täuschung begangen, und ein anderer als der Erklärungsempfänger aus der Erklärung unmittelbar ein Recht erworben, so ist die Erklärung (nur) diesem

---

[26]) B.G.B. § 143, Abs. 4, S. 1.

[27]) So Planck, Anm. 3 zu § 143.

[28]) § 143 lautet: „Die Anfechtung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Anfechtungsgegner.

Anfechtungsgegner ist bei einem Vertrage der andere Teil, im Falle des § 123, 2, S. 2 derjenige, welcher aus dem Vertrag unmittelbar ein Recht erworben hat".

gegenüber anfechtbar, wenn er die Täuschung kannte oder kennen musste. § 123, Abs. 2, S. 2. § 143, Abs. 2.

Die Ausnahme dieses Abs. 2 des § 123 findet, wie namentlich Planck[29]) bemerkt, insbesondere bei Verträgen zu Gunsten Dritter Anwendung. (§ 328 f.) „Soweit der Dritte durch den Vertrag ein Recht erworben hat, ist ihm gegenüber der Vertrag anfechtbar, wenn er die Täuschung, durch welche der Versprechende zu dem Vertrage bestimmt worden ist, kannte oder kennen musste. Erfolgt die Anfechtung, so tritt nicht etwa eine relative Nichtigkeit ein, vielmehr ist der Vertrag, soweit der Dritte dadurch ein Recht erworben hat, jedem gegenüber nichtig. Das Rechtsverhältniss zwischen den Vertragschliessenden wird dadurch unmittelbar nicht berührt. Der Vertrag bleibt für sie wirksam. Da aber derjenige Teil des Vertrages, nach welchem der Dritte unmittelbar aus dem Vertrag ein Recht erwerben sollte, nichtig ist, so kann es in Frage kommen, ob nicht auf Grund der Vorschriften des § 139 über teilweise Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts (s. unten S. 67 f.) der ganze Vertrag hinfällig wird."

Andere Fälle, in denen § 123, Abs. 2, S. 2 in Frage kommt, sind § 167 (Vollmachtserteilung) und § 182 (Erteilung der Zustimmung zu einem Rechtsgeschäft seitens eines Dritten zwecks Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes).

Zu § 167 bemerkt Planck[30]): „Die Anfechtbarkeit der Bevollmächtigung auf Grund des § 123, Abs. 2, S. 1 hängt, je nachdem die Vollmacht durch Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden oder dem Dritten erteilt ist, davon ab, ob der zu Bevollmächtigende oder der Dritte die Täuschung kannte oder kennen musste, durch welche der Vollmachtgeber zur Erteilung der Vollmacht bestimmt worden ist. Wenn in dem zuletzt gedachten Falle der Dritte die Täuschung weder kannte noch kennen musste, so ist es gleichgültig, ob der Bevollmächtigte die Täuschung kannte oder kennen musste. Andererseits wird, wenn in dem erstgedachten Falle der Bevollmächtigte die Täuschung weder kannte noch kennen musste, die Erteilung der Vollmacht nach Massgabe des § 123, Abs. 2, S. 1 nicht dadurch anfechtbar, dass der Dritte die Täuschung kannte oder kennen musste. Es fragt sich indessen, ob in diesem Falle nicht die Vorschrift des § 123, Abs. 2, S. 2 Anwendung findet, nach welcher, wenn ein anderer als derjenige, dem gegenüber die Erklärung abzugeben war, aus der Erklärung unmittelbar ein Recht erworben hat, die

---

[29]) a. a. O. S. 174, ebenso Matthiass a. a. O. § 53 II, C. 2. Enneccerus-Lehmann a. a. O. I, § 80 a. E.

[30]) a. a. O. Anm. 4, Abs. 2 zu § 167.

Erklärung ihm gegenüber anfechtbar ist, wenn er die Täuschung kannte oder kennen musste.

Durch die Erteilung der Vollmacht für sich allein erwirbt der Dritte noch kein Recht gegen den Vollmachtgeber. Wird aber auf Grund der Vollmacht von dem Bevollmächtigten ein Rechtsgeschäft mit dem Dritten vorgenommen, durch welches für diesen ein Recht begründet wird, so erwirbt der Dritte dieses Recht unmittelbar gegen den Vertretenen, weil der Bevollmächtigte Vertretungsmacht hatte. Diese Vertretungsmacht beruht auf der Bevollmächtigung, und diese ist es also, durch welche der Dritte das durch das Rechtsgeschäft begründete Recht unmittelbar gegen den Vertretenen erwirbt. Die Rechtslage tritt noch klarer hervor, wenn man den Fall ins Auge fasst, dass ein Vertreter ohne Vertretungsmacht ein Rechtsgeschäft im Namen des Vertretenen mit einem Dritten vorgenommen, diesem z. B. das Eigentum einer Sache des Vertretenen übertragen hat. Das Eigentum geht durch dieses Rechtsgeschäft noch nicht auf den Dritten über. Genehmigt aber der Vertretene später das Rechtsgeschäft, — und diese Genehmigung kann nach § 182 auch dem Vertreter gegenüber erklärt werden, — so erwirbt der Dritte durch diese Genehmigung das Eigentum, § 185, 2. In diesem Falle dürfte die Anwendbarkeit des § 123, 2, S. 2 keinem Bedenken unterliegen. Die Vollmacht in dieser Beziehung aber anders zu behandeln, als die Genehmigung, dürfte dem Wesen und Zweck beider Rechtsgeschäfte nicht entsprechen.“

Planck geht nun darauf ein, ein wie wenig praktisches Resultat die Verneinung der Frage ergäbe; dass dann der Vollmachtgeber zwar gegen den Dritten, der die Täuschung verübt habe, einen obligatorischen Anspruch geltend mache könne — er meint den Anspruch aus § 823, 826, — der aber für ihn lange nicht die Bedeutung der *in rem* wirkenden Anfechtbarkeit habe. Ferner, dass es in manchen Fällen mindestens zweifelhaft sei, ob der Vollmachtgeber diesen obligatorischen Anspruch habe, wenn der Dritte die Täuschung nicht selbst verübt, sondern nur gekannt habe, und dass der Vollmachtgeber den obligatorischen Anspruch sicher nicht hätte, wenn der Dritte die Täuschung nur hätte kennen müssen. „Ueberwiegende Gründe“, so fährt er fort, „sprechen hiernach dafür, das einem Dritten aus dem von ihm mit einem Bevollmächtigten vorgenommenen Rechtsgeschäfte gegen den Vollmachtgeber erworbene Recht als ein von ihm unmittelbar aus der Bevollmächtigung erworbenes Recht im Sinne des § 123, Abs. 2, S. 2 zu betrachten, und daher die durch Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden erfolgte Bevollmächtigung nach Massgabe jener Vorschrift auch dem Dritten gegenüber für anfechtbar anzusehen.“

Hiermit stimmt auch Endemann[31]) überein, indem er zu § 123, Abs. 2, S. 2, folgendes Beispiel bildet: „Der Kommissionär A. bestimmt den B. durch falsche Preislisten zu einem Kaufabschlusse und tritt dann seine Rechte gegen B. an den Kommittenten C. ab: so hat B. gegen C. kein Anfechtungsrecht, denn der unmittelbare Erwerb fehlt. Wenn aber A. als Stellvertreter (mit direkter Wirkung) fungiert, so hat B. das Anfechtungsrecht auch gegen C., da dieser hier unmittelbar berechtigt worden ist".

Ueber die Wirkung der Anfechtung der Bevollmächtigung äussert sich Planck folgendermassen: „Wird die Bevollmächtigung gegenüber dem Dritten angefochten, so stellt sich das zwischen ihm und dem Bevollmächtigten vorgenommene Rechtsgeschäft als von einem Vertreter ohne Vertretungsmacht vorgenommenen dar, und finden daher die §§ 177 f. Anwendung; eine Verpflichtung des Bevollmächtigten gegenüber dem Dritten nach Massgabe des § 179, Abs. 1 findet aber, da der Dritte die Anfechtbarkeit der Vollmacht kannte oder kennen musste, und dies nach § 142, Abs. 2, dem Kennen oder Kennenmüssen der Nichtigkeit gleichsteht, nach § 179, Abs. 3, nicht statt. Der Bevollmächtigte erleidet also durch die Anfechtbarkeit der Bevollmächtigung gegenüber dem Dritten keinen Nachteil".

Nach § 166, Abs. 1[32]) kommt es bei der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung auf die Person des Vertreters, nicht auf die des Vertretenen an. Hat nun ein Dritter denjenigen, welcher mit dem bevollmächtigten Vertreter das Rechtsgeschäft abschliesst, durch arglistige Täuschung zum Abschluss des Geschäfts bestimmt, so kommt es hinsichtlich der Anfechtung nach § 123, Abs. 2, S. 1, darauf an, ob der Bevollmächtigte die Täuschung kannte oder kennen musste.

Hierzu bemerkt Planck,[33]) dass der Vollmachtgeber nicht als Dritter im Sinne dieser Vorschrift zu betrachten sei, weil die Wirkungen des Rechtsgeschäfts in seiner Person eintreten. Wenn er also diese Täuschung verübt habe, so sei das Rechtsgeschäft anfechtbar, auch wenn der Bevollmächtigte die Täuschung weder gekannt hätte noch hätte kennen müssen.

Ein dritter Fall der Anwendung des § 123, Abs. 2, S. 2 ist gegeben durch § 182. Wenn es hiernach auch bedeutungslos ist, wem gegenüber die Zustimmung erteilt wird, so kommt es

---

[31]) Endemann a. a. O. § 73, 2, Anm. 3

[32]) § 166, Abs. 1, lautet: „Soweit die rechtlichen Folgen einer Willenserklärung durch Willensmängel oder durch die Kenntnis oder das Kennenmüssen gewisser Umstände beeinflusst werden, kommt nicht die Person des Vertretenen, sondern die des Vertreters in Betracht."

[33]) a. a. O. S. 218.

doch hinsichtlich der Frage, wer im Falle des § 123 Anfechtungsgegner ist, darauf an, wer die Zustimmung erhalten hat. Für die Anwendung des § 123, Abs. 2, S. 1 ist es nur von Bedeutung, ob der Zustimmungsempfänger die von dem Dritten verübte Täuschung kannte oder kennen musste, ohne Bedeutung dagegen, ob der andere, dem die Zustimmung auch erteilt werden konnte, die Täuschung kannte oder kennen musste.[33]) Planck[34]) bemerkt dazu mit Recht, dass die Beantwortung der Frage, ob diesem anderen Teile gegenüber die Zustimmung auf Grund des § 123, Abs. 2, S. 2, angefochten werden könne, davon abhänge, ob der andere Teil aus der Zustimmung unmittelbar ein Recht erwerbe. Ein solcher unmittelbarer Erwerb dürfe aber in den Fällen anzunehmen sein, in denen der andere Teil durch das Rechtsgeschäft, dessen Wirksamkeit von der Zustimmung abhängig ist, ein Recht erwerben sollte. Für diese Annahme sprächen im wesentlichen dieselben Gründe, welche für die Anwendbarkeit der Vorschrift des § 123, Abs. 2, S. 2, bei der anfechtbaren Bevollmächtigung sprächen (siehe oben).

Mit Planck[34]) wird man ferner annehmen müssen, dass die Einwilligung nicht anders als die Genehmigung, mit Rücksicht auf diese Frage, behandelt werden kann.

Die Anfechtung ist ein einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft.[35]) Die Anfechtungserklärung ist gemäss den im § 130 enthaltenen Grundsätzen vollendet, wenn sie dem Anfechtungsgegner zugegangen ist.[36]) In diesem Augenblick tritt die in § 142, Abs. 1 ausgesprochene Wirksamkeit der Anfechtung ein, d. h. das Rechtsgeschäft ist nun als von Anfang an nichtig anzusehen.

Nach § 144 kann die Anfechtung vom Anfechtungsberechtigten dadurch ausgeschlossen werden, dass er das anfechtbare Rechtsgeschäft bestätigt. Die Bestätigung ist nur als ein Verzicht auf das Anfechtungsrecht, nicht, wie die Bestätigung eines nichtigen Geschäftes nach § 141, als erneute Vornahme des Geschäftes aufzufassen. Die Bestätigung bedarf deshalb nach der Vorschrift des § 144, Abs. 2, auch nicht der für das Rechtsgeschäft bestimmten Form.

Infolge und mit der Bestätigung wird das anfechtbare Rechtsgeschäft nicht auch erst wirksam; es wird vielmehr durch die Bestätigung der ihm bisher anhaftende Mangel aufgehoben und konstatiert, dass es von Anfang an wirksam ist.[37])

---

[34]) a. a. O. S. 234.

[35]) So Planck a. a. O. Anm. 1 zu § 143. Eb. Enneccerus-Lehmann I, a. a. O. § 64.

[36]) Enneccerus-Lehmann a. a. O. I, § 64. Endemann a. a. O. § 75. Planck a. a. O. zu § 143, in Verbind. mit § 130.

[37]) So auch Cosack a. a. O. I, § 53, 2 b. Planck zu § 144.

Die Bestätigung kann, wie Endemann[38]) hervorhebt, auf jegliche Weise geschehen, durch Genehmigung, Erfüllung, Verzicht der Anfechtung, vor allem auch durch Unterlassung der Anfechtung.

Welche Einwirkung diese Bestätigung auf die Geltendmachung des Anspruchs aus § 823, 826 hat, soll weiter unten besprochen werden.

Die Frage, ob die Bestätigung dem Anfechtungsgegner erklärt werden müsse, ist von den Protokollen[39]) verneint worden. Planck ist der Ansicht, dass diese Auffassung der Fassung des § 144 entspreche,[40]) wenn sich auch dagegen geltend machen lasse, dass die Bestätigung ein Verzicht auf das Anfechtungsrecht sei.[41])

Die Bestätigung ist nur wirksam, wenn sie in Kenntnis des Anfechtungsgrundes erfolgte. Ohne diese Kenntnis liegt eine Bestätigung im Sinne des § 144 überhaupt nicht vor.[42])

Besondere Vorschriften gelten für die Anfechtung einer Ehe, die durch arglistige Täuschung zustande gekommen ist, sowie für die Bestätigung einer derartig anfechtbaren Ehe, §§ 1334, 1337.

Im übrigen gelten die Vorschriften der §§ 123, 124 für alle Willenserklärungen.[43])

Bei den letztwilligen Verfügungen ist die Anfechtbarkeit wegen arglistiger Täuschung durch die erweiterte Anfechtbarkeit wegen Irrtums gedeckt und deshalb nicht besonders erwähnt.[43])

Der gemeinrechtliche Unterschied zwischen *dolus causam dans* und *dolus incidens* kehrt insofern im B.G.B. wieder, als bei einem aus mehreren Willenserklärungen bestehenden Rechtsgeschäft der Betrogene die Willenserklärung anfechten kann, zu deren Abgabe er durch die arglistige Täuschung bestimmt worden ist.

Der Bestand des ganzen Geschäfts richtet sich in diesem Fall nach dem Verhältnis dieser Willenserklärung zum Ganzen. Denn nach § 139 ist das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn ein Teil desselben nichtig ist, und nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde.[44])

Nach den Motiven „kann die Bedeutung, welche der Verbindung von mehreren, in einem Zusammenhang stehenden Willens-

---

[38]) Endemann a. a. O. § 75.

[39]) Protokolle II, S. 276.

[40]) a. a. O., Anm. Abs. 1 a. E. zu § 144.

[41]) § 144 lautet: „Die Anfechtung ist ausgeschlossen, wenn das anfechtbare Rechtsgeschäft von dem Anfechtungsberechtigten bestätigt wird. Die Bestätigung bedarf nicht der für das Rechtsgeschäft bestimmten Form."

[42]) So auch Planck zu § 144 a. a. O.

[43]) Siehe Denkschrift, cit. nach Haidlen a. a. O. S. 133 a. E.

[44]) Es ist dies, wie die Motive bemerken, eine Gestaltung, welche im Ergebnisse von den Bestimmungen der neueren Gesetzgebungen über den *dolus incidens* nicht wesentlich verschieden ist. Aehnlich Planck S. 174a. a. O.

erklärungen zukommt, lediglich dem Willen der Beteiligten entnommen werden; die Verbindung selbst spricht aber zunächst für die innere Zusammengehörigkeit, und demgemäss ist die Beweislast geregelt".

Es wird also derjenige, welcher die Nichtzusammengehörigkeit der Willenserklärungen behauptet, diese seine Behauptung zu beweisen haben.

§. 11.

Der Anspruch auf Schadenersatz gemäss §§ 823, 826 B.G.B.

Neben dem Anfechtungsrecht gewährt das B.G.B. dem Getäuschten auch einen Anspruch auf Schadenersatz gegen den Betrüger. Denn in jeder arglistigen Täuschung ist zugleich eine unerlaubte Handlung im Sinne der §§ 823, 826 zu erblicken.[45]) Ebenso die Motive,[46]) die bemerken, von einem besonderen Hinweise darauf, dass durch die Vorschrift über die Anfechtung einer infolge arglistigen Täuschung abgegebenen Willenserklärung die Rechte des Verletzten aus der unerlaubten Handlung, §§ 704, 705 (jetzt 823, 826), nicht berührt würden, sei abgesehen worden. Aehnlich Scherer in Anm. 6 zu § 823: „Gemäss § 823 begründet die vorsätzliche Verletzung eine Schadenersatzklage; es erhebt sich daher die Frage, ob die letztere auch dann begründet ist, wenn der *dolus* gelegentlich eines Rechtsgeschäfts oder eines Vertrags begangen ist. Ich bejahe die Frage unbedingt; in einem solchen Fall konkurrieren die Deliktsklage, die Vertragsklage, sowie die besonderen Rechtsbehelfe, welche das Gesetz gewährt, z. B. das Anfechtungsrecht gemäss § 123 B.G.B." — Festzuhalten ist jedoch hierbei, dass der Getäuschte diesen Schadenersatzanspruch aus § 823 — wie bereits oben Anm. 4 bemerkt — nur dann geltend machen kann, wenn er einen Vermögensschaden erlitten hat,[47]) während die Anfechtung gemäss § 123, 124 von einem erlittenen Vermögensschaden ganz unabhängig ist. Damit stimmt auch Endemann[48]) überein, indem er bemerkt: „Ist endlich aus solcher Täuschung ein Vermögensschaden entstanden, so kann an Stelle der Anfechtung oder auch neben ihr der Schadenersatz-

---

[45]) Matthiass a. a. O. § 54, III B. Enneccerus-Lehmann a. a. O. I, § 85. Planck a. a. O. Anm. 7 zu § 123.

[46]) Motive, S. 208.

[47]) Dies geht aus der Fassung des § 823, 1 hervor: „Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder sonstiges Recht eines andern widerrechtlich verletzt, ist dem andern zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet."

[48]) Endemann a. a. O. § 73.

anspruch aus der unerlaubten Handlung geltend gemacht werden nach § 823". Ebenso Scherer[49]), der, wie bereits oben bemerkt, sich dahin äussert, dass eine Vermögensbeschädigung nicht Voraussetzung zur Geltendmachung der arglistigen Täuschung im Sinne der §§ 123, 124 sei, wohl aber, um die Ansprüche des § 823 geltend zu machen. Dieser Schadenersatzanspruch geht nach § 249 auf Herstellung des Zustandes, der bestehen würde, wenn das zum Ersatz verpflichtende Ereignis — hier die arglistige Täuschung — nicht eingetreten wäre.

Der Getäuschte kann also auf diese Weise dasselbe erreichen, wie mit der Anfechtung, nämlich Aufhebung der infolge der Täuschung abgegebenen Willenserklärung. Von Bedeutung aber ist dieser Schadenersatzanspruch für den Getäuschten namentlich deshalb, weil er mit ihm neben der Anfechtung der Willenserklärung noch Ersatz desjenigen Schadens in Geld verlangen kann, der durch den Wegfall der Willenserklärung nicht gedeckt wird.[50]) Ausserdem kann er diesen Schadenersatzanspruch noch geltend machen, wenn er mit der Anfechtung infolge Versäumung der Anfechtungsfrist ausgeschlossen ist.[50])

Denn der Schadenersatzanspruch verjährt nach § 852, Abs. 1 „in drei Jahren von dem Zeitpunkt an, in welchem der Verletzte von dem Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen Kenntnis erlangte, ohne Rücksicht auf diese Kenntnis in dreissig Jahren von der Begehung der Handlung an".

Der Betrogene hat also zweierlei Rechte[51]) gegen den Betrüger:

1. Er kann gemäss § 123, 124 den Vertrag anfechten, wodurch dann Nichtigkeit desselben eintritt.

2. Er kann gemäss § 823, 826 Schadenersatz beanspruchen oder aber

3. Er kann gemäss § 123, 124 anfechten und einen durch die Anfechtung nicht gedeckten Vermögensschaden gemäss § 823 geltend machen.

Die Unterschiede, die zwischen dem Anfechtungsrecht gemäss § 123, 124 einerseits und dem Schadenersatzanspruch aus § 823 andererseits bestehen, sind folgende:

1. In der Voraussetzung.

Wie oben S. 55, 57 bemerkt, ist die Anfechtung gemäss § 123, 124 nur davon abhängig, dass der Betrogene durch die arglistige Täuschung zur Abgabe der Willenserklärung veranlasst ist, ohne

---

[49]) Scherer a. a. O. S. 190 III.

[50]) Matthiass, § 53, III B. Planck a. a. O. S. 174, Anm. 7. Motive, S. 208.

[51]) Der Ausdruck Anspruch wird deshalb vermieden, weil die Anfechtung kein Anspruch ist.

Rücksicht darauf, ob er einen Vermögensschaden erlitten hat oder nicht (cf. das Beispiel oben S. 41).

Die Geltendmachung des Schadenersatzanspruches gemäss § 823 ist dagegen nur zulässig, wenn — was sich auch schon aus der Bezeichnung „Schadenersatzanspruch" ergiebt — der Getäuschte infolge der arglistigen Täuschung einen Vermögensschaden erlitten hat.

2. In der Art der Geltendmachung.

Die Anfechtung gemäss § 123, 124 erfolgt durch einfache Erklärung an einen bestimmten Anfechtungsgegner; § 142.

Die Geltendmachung des Schadenersatzanspruches aus § 823 erfolgt im Wege der Klage, wobei zur Klagebegründung der Nachweis gehört, dass und in welcher Weise der Beklagte dem Kläger einen Schaden zugefügt hat.

3. In der Wirkung.

Die Anfechtung bewirkt, dass das anfechtbare Rechtsgeschäft als von Anfang an nichtig anzusehen ist; § 142. Diese Nichtigkeit gilt gegenüber jedermann; die Anfechtung wirkt also *in rem* (s. oben S. 60 f.). Ist demnach die durch die arglistige Täuschung erlangte Sache vom Betrüger bereits weiter veräussert worden, so kann sie vom Betrogenen nach der Anfechtung dem Dritten vindiziert werden, es sei denn, dass diesem die Sonderbestimmungen des guten Glaubens etc. (s. oben S. 61) zu gute kommen.

Der Schadenersatzanspruch dagegen wirkt nur obligatorisch, nur dem gegenüber, der den Schaden vorsätzlich (oder fahrlässig) herbeigeführt hat. —

Was die Frage anbetrifft, ob in dem Verzicht auf die Anfechtung (s. oben S. 66, 67) auch ein Verzicht auf die Geltendmachung des Schadenersatzanspruchs zu sehen ist, so wird diese Frage nicht generell, sondern je nach Lage der Sache zu entscheiden sein.

Hiermit übereinstimmend Scherer:[52]) „Die Verjährung eines Rechtsbehelfes oder der Verzicht auf denselben benimmt dem Verletzten nicht die anderen Rechtsbehelfe; jedoch kann der Verzicht auf einen Rechtsbehelf nach Lage der Sache zugleich einen Verzicht auf alle anderen einschliessen".

Ist der Schadenersatzanspruch verjährt, so kann der Getäuschte immer noch einen Anspruch auf Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung gegen den Betrüger geltend machen; § 852, 812.

---

[52]) Scherer a. a. O. S. 1248, Anm. 6.

Unabhängig von der Verjährung des Schadenersatzanspruchs verbleibt dem Getäuschten der Geltendmachung der infolge der arglistigen Täuschung eingegangenen Verpflichtung gegenüber eine Einrede §§ 821, 853.[53])

Zweiter Abschnitt.

§ 12.

Das arglistige Verschweigen von Mängeln im Recht oder Fehlern der Sache beim Kauf etc.

Besondere Vorschriften sind für das arglistige Verschweigen von „Mängeln im Recht“ oder „Fehlern der Sache“ beim Kauf, bei der Schenkung, der Leihe, Miete etc. aufgestellt.

1. An sich haftet der Verkäufer einer Sache dem Käufer dafür, dass sie zu der Zeit, zu welcher die Gefahr auf den Käufer übergeht, nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern, wobei eine unerhebliche Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit nicht in Betracht kommen soll § 459.

2. Ferner haftet der Verkäufer auch dafür, dass die Sache zur Zeit des Gefahrüberganges die zugesicherten Eigenschaften hat. § 459, 2.

Von der Haftung für die unter 1 bezeichneten Mängel soll nach § 460 der Verkäufer befreit sein: wenn beim Kaufabschluss der Käufer

1. den Mangel kannte, oder
2. ihm der Mangel infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist.

Im letztern Falle soll aber die Befreiung von der Haftung dann ausgeschlossen sein, wenn der Verkäufer den Fehler arglistig verschwiegen hat.

Entsprechend den Rechten des Käufers sind die Rechte des Mieters in den §§ 537, 538 geregelt. Der Mieter hat das Recht auf Nachlass des Mietzinses oder auf Schadenersatz wegen Fehler der Mietsache, ferner das Recht auf Kündigung wegen Fehler der Sache oder Mängel im Recht. Diese Rechte kann er gemäss § 542 nicht ausüben, wenn er bei Abschluss des Vertrages

1. den Mangel der gemieteten Sache kannte, oder
2. ihm der Mangel infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist.

---

[53]) cf. Matthiass, § 53, III, B a. E. Planck a. a. O. S. 174, Anm. 7.

Im Falle 2 kann aber auch der Mieter, wie der Käufer, die oben erwähnten Rechte geltend machen, wenn der Vermieter den Fehler oder Mangel arglistig verschwiegen hat; § 539 Abs. 1 S. 1 u. 2.

Diese Bestimmung wird durch § 581 Abs. 2 auf de Pacht ausgedehnt.

Arglistiges Verschweigen liegt, wie oben ausgeführt, dann vor, wenn ein Kontrahent in Kenntnis des gegnerischen Irrtums diesen entgegen seiner Aufklärungspflicht benutzt. Hiermit stimmt auch Planck[54]) überein, nach dessen Ansicht arglistiges Verschweigen dann vorliegt, wenn der Verkäufer den ihm bekannten Mangel in der Absicht, den Käufer zu täuschen, diesem verschweigt. Nichtangabe des Mangels in der Annahme, dass derselbe auch dem Käufer bekannt sei, genüge nicht.

Der gleichen Ansicht sind Matthiass[55]) und Fischer-Henle. So bemerkt Matthiass (im Zusammenhang) . . . . . „wenn der Verkäufer einen z. Z. des Vertragsabschlusses vorhandenen Mangel arglistig, d. h. in Kenntnis des Mangels und im Bewusstsein der Unkenntnis des Käufers verschwiegen hat.“ Aehnlich Fischer-Henle: „wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschweigt, d. h. in Kenntnis des Mangels und im Bewusstsein, dass dem Käufer der Mangel unbekannt ist.“

Zu weit gehen unseres Erachtens Cosack und Scherer, die das Verschweigen nur dann als arglistig ansehen, wenn eine positive Thätigkeit hinzutritt, oder (Cosack) wenn das Verschweigen in der boshaften Absicht geschieht, den andern Teil zu schädigen. So sagt Scherer[56]):

„Einfaches Verschweigen ohne Hinzutreten einer positiven Thätigkeit ist zwar eine Täuschung aber keine arglistige.“

Aehnlich Cosack[56]): „Der Verkäufer ist nur dann arglistig, wenn die Mängel, die er verschwiegen hat, ihm bekannt waren. Aber das genügt noch nicht: da der Verkäufer durchaus nicht verpflichtet ist, die ihm bekannten Mängel dem Käufer anzuzeigen, kann ihm das Verschweigen solcher Mängel für sich allein noch nicht als Arglist vorgeworfen werden. Vielmehr ist dazu weiter erforderlich, entweder, dass der Verkäufer dem Käufer wider Treu und Glauben die Prüfung der Sache erschwert, oder dass er ihn durch die Mängel der Sache boshaft zu schädigen beabsichtigt, z. B. er verdeckt die Fehler der Sache, sucht die Aufmerksamkeit des Käufers abzulenken etc., oder aber er verkauft

---

[54]) **Planck, Anm. zu § 443.**

[55]) **Matthiass a. a. O. § 106 D. Fischer-Henle, Ausgabe des B.G.B. zu § 443.**

[56]) **Scherer a. a. O. S. 194. Cosack a. a. O.**

dem Käufer absichtlich gesundheitsschädliche Nahrungsmittel, Getreidesäcke mit Löchern etc.

Richtig ist die Bemerkung Cosacks, dass der Verkäufer durchaus nicht verpflichtet sei, alle ihm bekannten Mängel dem Käufer anzuzeigen. Eine derartige allgemeine Aufklärungspflicht giebt es nicht.[57]) Dagegen ist der Verkäufer verpflichtet, solche ihm bekannten Fehler der Sache dem Käufer anzuzeigen, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauche aufheben oder erheblich mindern. Den Anhalt hierzu giebt § 459, Abs. 1. Denn hiernach haftet der Verkäufer dem Käufer ohne Rücksicht auf seine Kenntnis für derartige Mängel; und zwar kann der Käufer nach § 462 nach seiner Wahl Wandelung oder Minderung (des Kaufpreises) verlangen. Kennt aber der Verkäufer derartige Fehler und verschweigt sie dem Käufer, trotzdem er weiss, dass dieser sie nicht kennt, so wird man dieses Verschweigen unbedenklich als arglistiges bezeichnen können und die weiter als die Wandlungs- oder Minderungspflicht des Verkäufers gehende Schadenersatzpflicht wegen Nichterfüllung normieren dürfen (gemäss § 463, S. 2), ohne noch eine boshafte Absicht des Verkäufers oder ein positives Thun daneben zu verlangen.

Die Haftung des Verkäufers geht, wie bereits bemerkt, im Falle des arglistigen Verschweigens von Fehlern auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung § 463.

Diese Haftung tritt beim Kaufvertrag über eine individuell bestimmte Sache ein, wenn der Verkäufer beim Kaufabschluss den Mangel dem Käufer arglistig verschwiegen hat (§ 463), beim Kaufe einer nur der Gattung nach bestimmten Sache jedoch nur dann, wenn der Verkäufer einen in dem Zeitpunkte, in dem die Gefahr auf den Käufer überging, vorhandenen Fehler arglistig verschwiegen hat § 480, Abs. 2.

Diese Abweichung von dem Falle des Vertrags über eine Spezies ergiebt sich, wie die Motive[58]) bemerken, mit Notwendigkeit daraus, dass bei dem Vertrage über eine Gattungssache die Bestimmung des zu leistenden Stückes nicht mit der Schliessung des Vertrages, sondern mit dem Uebergang der Gefahr zusammen fällt (§ 243, Abs. 2).[59])

---

[57]) cf. oben S. 13 f.

[58]) Motive, S. 243.

[59]) In dem Fall des arglistigen Verschweigens der Fehler einer individuell bestimmten Sache beim Vertragsschluss wird der Käufer regelmässig auch den Kauf nach § 123, 1 anfechten oder auf Grund der unerlaubten Handlung Schadenersatz aus § 823, 2 verlangen können. So nam. Planck zu § 463, 3. Ebenso die Motive, die S. 229 bemerken,

Diesen Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung kann der Käufer nur statt der Wandlungs- oder Minderungsklage geltend machen; § 463. Hat er sich also einmal für den Schadenersatzanspruch entschieden — und zwar ohne dass der Verkäufer darin einzuwilligen braucht, — so kann er nicht mehr die Wandelungs- oder Minderungsklage anstellen. Andererseits kann er auch nicht mehr den Schadenersatzanspruch geltend machen, wenn er mit Einverständnis des Verkäufers sich für die Wandelungs- oder Minderungsklage entschieden hat; §§ 463, 465.[60])

Der Schadenersatzanspruch geht auf Erstattung des vollen Interesse, des positiven oder Erfüllungsinteresse, wie es oben S. 42 f. genannt wurde.[61]) Die Motive[62]) begründen diesen weitgehenden Anspruch damit, dass das dem geltenden Recht augenscheinlich zu Grunde liegende Bedürfnis, den unredlichen Veräusserer in dem in Frage stehenden Falle wegen dessen hervorragender Wichtigkeit im Interesse thunlichster Sicherung des Verkehrs mit empfindlichen Nachteilen zu bedrohen, volle Beachtung verdiene. Der Anspruch gehe hiernach in den Fällen des § 385 (jetzt 463 ebenso 480) immer auf das Erfüllungsinteresse, wie es sich *in concreto* aus dem *dolus* des Veräusserers und dem Mangel ergäbe.

Dieser Schadenersatzanspruch geht dem Käufer verloren durch vorbehaltlose Annahme der Sache trotz Kenntnis des Mangels; § 464.[63]) — In gleicher Weise verliert der Mieter die oben bezeichneten Rechte auf Nachlass am Mietzins oder Schadenersatz wegen Fehler der Sache (§§ 537, 538) oder Kündigung wegen Mängel im Recht oder Fehler der Sache (§ 542), wenn er den ihm beim Vertragsabschluss unbekannten Mangel bei Ueberlassung der Sache kennt. §§ 539, 543.

Das Gleiche gilt bei der Pacht gemäss § 581, Abs. 1.

---

dass der in Betracht kommende *dolus* sich als ein *dolus causam dans* charakterisiere oder diesem doch gleichstehe, und dass ein solcher *dolus* dem Betrogenen das Recht gebe, den Vertrag anzufechten.

[60]) § 463 lautet: „Fehlt der verkauften Sache zur Zeit des Kaufes eine zugesicherte Eigenschaft, so kann der Käufer statt der Wandelung oder der Minderung Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Das gleiche gilt, wenn der Verkäufer einen Fehler arglistig verschwiegen hat". § 465: „Die Wandelung oder Minderung ist vollzogen, wenn sich der Verkäufer auf Verlangen des Käufers mit ihr einverstanden erklärt".

[61]) So auch Matthiass a. a. O. S. 448 E, 2. Cosack S. 438, 4 c.

[62]) Motive S. 229.

[63]) § 464: „Nimmt der Käufer eine mangelhafte Sache an, obschon er den Mangel kennt, so stehen ihm die in den §§ 462, 463 bestimmten Ansprüche nur zu, wenn er sich seine Rechte wegen des Mangels bei der Annahme vorbehält".

Der Schadenersatzanspruch des Käufers wegen arglistigen Verschweigens der Fehler seitens des Verkäufers verjährt in der regelmässigen Verjährungsfrist von 30 Jahren. § 477, Abs. 1 in Verb. mit § 195.[64])

Mit Schollmeyer[65]) wird man annehmen dürfen, dass trotz der ungenauen Fassung des § 477, Abs. 1 bei Arglist des Verkäufers auch die adilicischen Mängel in 30 Jahren verjähren. Schollmeyer begründet dieses damit,[66]) dass nach den Motiven II, S. 240, Abs. 2 a. E. die ädilicischen Ansprüche auch bei Arglist des Verkäufers in der kurzen Frist — 6 Monate resp. 1 Jahr von der Ablieferung resp. Uebergabe an — verjähren.

In § 571, Abs. 2 des I. Entwurfes sei konsequent auch beim Mietvertrag die lange Verjährung bei Arglist des Unternehmers nur für den Anspruch auf Schadenersatz, nicht für den Wandelungs- oder Minderungsanspruch anerkannt gewesen. Nach § 638[67]) des Gesetzes aber seien bei Arglist des Uebernehmers auch die Wandelungs- und Minderungsansprüche der langen Verjährung unterworfen. Ein Grund aber, die Verjährung dieser Ansprüche anders zu behandeln, als beim Kaufvertrag, bestehe nicht.

Klagt der Käufer nach der kurzen Verjährungsfrist und wendet dann der Verkäufer ein, der Anspruch sei gemäss der kurzen Verjährungsfrist verjährt, so hat der Käufer zu beweisen, dass der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat (infolgedessen also die lange Verjährung laufe). Dies ergiebt die Fassung des § 477, Abs. 1: „Der Anspruch auf Wandelung oder Minderung sowie der Anspruch auf Schadenersatz wegen Mangels einer zugesicherten Eigenschaft verjährt, *sofern nicht der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat,* in 6 Monaten“ etc. Die Wendung „sofern nicht“ etc. soll den Fall des Kondizionalsatzes dann als Ausnahme charakterisieren, wenn das „Nicht“ unmittelbar auf das „Wenn“ folgt.[68]) Es wird also hier durch

---

[64]) § 477, Abs. 1: „Der Anspruch auf Wandelung oder auf Minderung sowie der Anspruch auf Schadenersatz wegen Mangels einer zugesicherten Eigenschaft verjährt, sofern nicht der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat, bei beweglichen Sachen in 6 Monaten von der Ablieferung, bei Grundstücken in einem Jahre von der Uebergabe an“.

[65]) Schollmeyer a. a. O. S. 18.

[66]) Derselbe S. 18, Anm 5.

[67]) § 638: „Der Anspruch des Bestellers auf Beseitigung eines Mangels des Werkes, sowie die wegen des Mangels dem Besteller zustehenden Ansprüche auf Wandelung, Minderung oder Schadenersatz verjähren, sofern nicht der Unternehmer den Mangel arglistig verschwiegen hat, in 6 Monaten, bei Arbeiten an einem Grundstücke in einem Jahre, bei Bauwerken in 5 Jahren. Die Verjährung beginnt mit der Abnahme des Werkes“.

[68]) cf. Enneccerus-Lehmann I, S. 22, 4.

die Wendung „sofern nicht“ der Regel — kurze Verjährung von 6 Monaten resp. 1 Jahr — die Ausnahme der langen Verjährung gegenübergestellt. Derjenige aber, der sich auf die Ausnahme beruft, hat diese zu beweisen.[69]) Es hat also hier der Käufer zu beweisen, dass der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat.[70])

Die Verjährung wird unterbrochen durch die gewöhnlichen Unterbrechungsgründe der §§ 208, 209; nach der Sonderbestimmung des § 477, Abs. 2 soll die Verjährung auch dann unterbrochen werden, wenn der Käufer gerichtliche Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises beantragt (cf. § 483 f. C.P.O.). Dieser Antrag auf gerichtliche Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises, sowie die Anzeige der Mängel an den Verkäufer oder die Absendung der Anzeige vor Verjährung des Anspruchs auf Wandelung oder Minderung, oder die Streitverkündung des Käufers an den Verkäufer in einem zwischen ihm und einem spätern Erwerber der Sache anhängigen Rechtsstreit ist nach § 478 Voraussetzung dafür, dass der Käufer auch nach der Vollendung der Verjährung des Wandelungs- oder Minderungsanspruches die Zahlung des Kaufpreises insoweit verweigern kann, als er auf Grund der Wandelung oder Minderung dazu berechtigt sein würde. Hat aber der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen, so bedarf es aller der eben genannten Voraussetzungen nicht, damit dem Käufer diese Einrede erhalten bleibe. Die Einrede dauert in diesem Falle über die regelmässige Verjährung von 30 Jahren hinaus fort,[70]) entsprechend dem § 853 (s. oben S. 71).

Was die Geltendmachung des Schadenersatzanspruches wegen arglistigen Verschweigens der Mängel im Wege der Aufrechnung anbetrifft, so könnte nach der allgemeinen Vorschrift des § 390, S. 2 der Käufer mit dem Schadenersatzanspruch auch nach dessen Verjährung der Kaufpreisforderung des Verkäufers gegenüber aufrechnen. Dies soll aber nach der Vorschrift des § 479, S. 1 der Käufer nur dann können, wenn er vor der Verjährung eine der oben bezeichneten Handlungen des § 478 (Antrag auf gerichtliche Beweisaufnahme etc.) vorgenommen hat. Hat aber der Verkäufer die Mängel arglistig verschwiegen, so soll diese Beschränkung nicht eintreten, die Vorschrift des § 390, S. 2 also Platz greifen: § 479, S. 2. Die Vorschrift des Gemeinen Rechts, dass die Vereinbarung zwischen Verkäufer und Käufer, der Verkäufer solle für Fehler der Sache

---

[69]) Uebereinstimmend Enneccerus a. a. O. Planck, Anm. 2 zu § 477.
[70]) Planck a. a. O., Anm. 2 zu § 478.

nicht haften, nichtig ist, wenn der Verkäufer die Fehler arglistig verschwiegen hat, kehrt auch im B.G.B. wieder.[71])

Nach den §§ 433—437, 439—442 hat der Verkäufer für gewisse Mängel im Recht einzustehen. Es kann aber diese Verpflichtung zur Gewährleistung durch Vertrag zwischen Verkäufer und Käufer erlassen oder beschränkt werden.[72]) Eine derartige Vereinbarung ist jedoch gemäss § 443 nichtig, — nicht nur wie nach § 123 anfechtbar — wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschweigt.[73])

Diese Bestimmung entspricht der gemeinrechtlichen, nach der ein *pactum de non praestanda evictione* dem arglistigen Verkäufer nichts half.[74])

Entsprechend dem § 443 erklärt § 476 eine Vereinbarung, durch welche die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährleistung wegen Mängel der Sache erlassen oder beschränkt wird, für nichtig, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschweigt. Auch diese Bestimmung entspricht dem Gemeinen Recht.[71]) Hat jedoch der Käufer in Kenntnis der Arglist des Verkäufers auf die Geltendmachung seines Anspruchs gegen den Verkäufer verzichtet, so kann dieser Verzicht, wie Schollmeyer[75]) u. E. mit Recht annimmt, als Schenkung wirksam sein.

Die gleichen Bestimmungen kehren wieder bei der Miete, § 540, Pacht, § 581, Abs. 2 und dem Werkvertrag, § 637.[76]) Wie beim Kauf kann auch bei diesen Verträgen die Haftung des

[71]) So bemerkt für das Gemeine Recht Windscheid a. a. O., § 393, Anm. 3: „Dem Arglistigen hilft nicht einmal der Vertrag, dass er für Fehlerhaftigkeit der Sache nicht solle einzustehen haben". cf. auch fr. 14, § 9. Vgl. auch Motive S. 238.

Ebenso die Praxis des R.G., das bei absichtlichem Verschweigen von Mängeln der Sache den Verkäufer haften lässt, auch wenn er die Haftung hierfür im Voraus durch Vertrag mit dem Käufer abgelehnt hat (durch Wendungen ohne Obligo, wie besehen etc.). cf. Entsch. 5, 46. 31, 163.

[72]) Diese Bestimmung war im Entwurf I, § 386 besonders ausgesprochen, wurde aber, wie Planck bemerkt, von der 2. Kommission als selbstverständlich weggelassen. Planck a. a. O. zu § 443.

[73]) § 443: „Eine Vereinbarung, durch welche die nach §§ 433—437, 439—442 wegen eines Mangels im Rechte dem Verkäufer obliegende Verpflichtung zur Gewährleistung erlassen oder beschränkt wird, ist nichtig, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschweigt".

[74]) *fr. 6, § 9, fr. 11, § 15, 18 de a e. v. 19, 1.* Windscheid, § 391, Anm. 38. Vangerow, § 610, Anm. 4.

[75]) Schollmeyer a. a. O. S. 19.

[76]) § 540: „Eine Vereinbarung, durch welche die Verpflichtung des Vermieters zur Vertretung von Mängeln der vermieteten Sache erlassen oder beschränkt wird, ist nichtig, wenn der Vermieter den Mangel arglistig verschweigt". — § 581: „Auf die Pacht finden . . . . . die Vorschriften über die Miete entsprechende Anwendung." § 637: „Eine Vereinbarung, durch welche die Verpflichtung des Unternehmers, einen Mangel des Werkes zu vertreten, erlassen oder beschränkt wird, ist nichtig, wenn der Unternehmer den Mangel arglistig verschweigt."

Vermieters, Verpächters oder Unternehmers wegen Mängel der Sache erweitert oder beschränkt werden, bei der Miete jedoch mit der Einschränkung des § 544. Eine derartige Vereinbarung soll jedoch nach den citierten Paragraphen nichtig sein, wenn der Vermieter, Verpächter oder Unternehmer den Mangel arglistig verschweigt.

§ 13.

Die Haftung des Schenkers wegen arglistigen Verschweigens von Mängeln im Recht oder Fehlern der verschenkten Sache.

Grundsätzlich vergiebt der Schenker die Sache so, wie sie ist. Es wird ihm nicht, wie dem Verkäufer, die Haftung für bestimmte Mängel auferlegt. Denn der Verkäufer empfängt für das, was er hingiebt, wieder etwas, dessen Beschaffenheit ebenfalls gesetzlichen Regeln unterworfen ist. Der Schenker dagegen giebt ohne Gegenleistung. Trotzdem kann das Recht nicht dulden, dass er ihm bekannte Mängel dem Beschenkten arglistig verschweigt. Dementsprechend normiert das B.G.B. die Haftung des Schenkers wegen arglistigen Verschweigens der Mängel in §§ 523, 524.

§ 523 handelt von dem arglistigen Verschweigen der Mängel im Recht, § 524 von dem der Fehler der Sache. Und zwar macht bei beiden das Gesetz einen Unterschied, je nachdem es sich um Gegenstände handelt, die sich bereits im Vermögen des Schenkers befinden, oder um solche, die er erst für den zu Beschenkenden erwerben will. Hinsichtlich letzterer unterscheidet § 524, Abs. 2 wiederum zwischen Individual- und nur der Gattung nach bestimmten Sachen.

A.

Sachen, die sich bereits im Vermögen des Schenkers befinden.

Hier lässt das B.G.B. den Schenker in gleicher Weise für das arglistige Verschweigen von Mängeln im Recht wie von Fehlern der Sache haften.

Erwähnt werden mag hier die Ansicht Schollmeyers, der unter Hinweis auf die Motive II, S. 296 a. E. es für die Haftung des Schenkers genügend erklärt, wenn er die Mängel kannte und sie gleichwohl dem Beschenkten nicht mitteilte.[77]) Dem tritt — mit Recht — Endemann entgegen, der ein arglistiges Verschweigen in dem oben formulierten Begriff als Voraussetzung der Haftung erfordert. Er weist darauf hin, dass die Motive II, S. 296 hier nicht mehr passen, da erst seit der 2ten Lesung das Erfordernis der Arglist eingesetzt sei.[78])

[77]) Schollmeyer a. a. O. S. 28.

[78]) Endemann a. a. O., § 165, Anm. 1, cb. Planck, Anm. zu § 523, 1 a. unter Hinweis auf die Erläuterung zu § 443.

Die Haftung besteht in diesen beiden Fällen nicht, wie bei dem arglistigen Verschweigen von Mängeln beim Kauf, in der Verpflichtung, Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu leisten; der Schenker haftet vielmehr hier nur auf das negative Interesse des Beschenkten, er ist, wie das B.G.B. sagt, verpflichtet, dem Beschenkten den durch das arglistige Verschweigen des Mangels entstandenen Schaden zu ersetzen; § 523, Abs. 1, § 524, Abs. 1. Dass hierunter nur das negative Interesse zu verstehen sei, ist auch die Ansicht von Cosack, Matthiass und Planck.[79]) Das gleiche Resultat findet sich auch in den Kommissionsprotokollen (s. unten unter B. 2, b). Planck bemerkt 1tens zu § 523, Abs. 1: „Die Ersatzpflicht beschränkt sich auf den Schaden, den der Beschenkte dadurch erleidet, dass er auf die Unentziehbarkeit des Gegenstandes gerechnet hat (das negative Interesse); der Beschenkte kann nicht Schadenersatz wegen Nichtverschaffung des Rechts (das Erfüllungsinteresse) verlangen;“

2tens zu § 524, Abs. 1 . . . . . „dass der Schenker zum Ersatze des aus dem Verschweigen entstehenden Schadens, also des negativen Interesse verpflichtet wird.“[80])

Cosack,[81]) der derselben Ansicht ist, bildet folgendes Beispiel: „A. verschenkt eine ihm wider B. zustehende Forderung von 1000 Mark an C., indem er arglistig verschweigt, dass die Forderung bereits verjährt ist; C. verklagt darauf den B., wird aber abgewiesen und muss 88 Mark Prozesskosten zahlen. A. muss ihm diese 88 Mark, nicht aber den vollen Wert der verjährten Forderung mit 1000 Mark erstatten.“

B.

Sachen, die der Schenker erst für den Beschenkten erwerben soll.

1. Mängel im Recht.

Hierbei wird kein Unterschied gemacht zwischen Individual- und Gattungssachen.[82]) § 523, Abs. 2 bestimmt hierüber: „Hatte der Schenker die Leistung eines Gegenstandes versprochen, den er erst erwerben sollte, so kann der Beschenkte wegen eines Mangels im Recht Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen, wenn der Mangel dem Schenker bei dem Erwerbe der Sache bekannt

---

[79]) Cosack a. a. O. § 139, IV, 2 c. Matthiass, § 112 c., 2.
[80]) ebenso Matthiass a. a. O. § 112 c., 2 D.
[81]) Cosack a. a. O. § 139, IV, 2 c.
[82]) cf. Endemann a. a. O. § 168, Anm. 9 a. E. Matthiass, § 112 c, D. Planck, Anm. 1, 6 zu § 523.

gewesen oder in Folge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist. Die für die Gewährleistungspflicht des Verkäufers geltenden Vorschriften des § 433, Abs. 1, der §§ 434—437, des § 440, Abs. 2 bis 4 und der §§ 441—444 finden entsprechende Anwendung."

Interessant für uns ist hier namentlich der Hinweis auf die §§ 441—444, die hier Anwendung finden sollen. Es kann also gemäss § 443 die Gewährleistungspflicht vertragsmässig erweitert oder beschränkt werden. Eine derartige Vereinbarung ist aber nichtig, wenn der Schenker den Mangel arglistig verschweigt; § 523, Abs. 2 in Verbindung mit § 443.

2. Fehler der Sache.

a) Ist die Sache, die der Schenker erst erwerben soll, eine Individualsache, so richtet sich die Haftung des Schenkers nach den oben unter A erörterten Grundsätzen; § 524.

b) Hatte dagegen der Schenker die Leistung einer nur der Gattung nach bestimmten Sache versprochen, die er erst erwerben sollte, und hat der Schenker einen Fehler arglistig verschwiegen, so kann der Beschenkte nach seiner Wahl Lieferung einer fehlerfreien Sache oder aber Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Die Haftung des Schenkers ist also hier verschärft.[83]) Der Beschenkte ist hier nicht, wie in den oben besprochenen Fällen auf das negative Interesse beschränkt, er kann vielmehr Ersatz des vollen positiven Interesse verlangen.

Die Regelung ist hier ganz nach dem Vorbilde vom Kauf § 480, 491 geschehen,[84]) und sollen nach der Vorschrift des § 524, Abs, 2, S. 3, „auf diese Ansprüche auch die für die Gewährleistung wegen Fehler der verkauften Sache geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung finden."

Es gelten also analog namentlich die Vorschriften des § 476, dass eine Vereinbarung auf Erlass oder Beschränkung der Gewährleistung wegen Mängel der Sache nichtig ist, wenn der Schenker den Mangel arglistig verschweigt, (wegen Mangel im Recht siehe vorhergende Seite), § 477, wonach die Verjährungsfrist für diesen Schadenersatzanspruch die gewöhnliche 30jährige ist, die Vorschrift des § 478 über Erhaltung der Einrede und des § 479 über die Aufrechnung mit dem bereits verjährten Schadenersatzanspruch.

---

[83]) Die Kommissionsprotokolle S. 1663, 1664 bemerken dazu: „Der S. 2, Abs. 2 (in § 524) hat neben dem Abs. 1 die Bedeutung, dass er dem Beschenkten das Recht giebt, im Falle dolosen Verhaltens des Schenkers Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, während der Abs. 1 sich nur auf das negative Interesse bezieht".

[84]) Kommissionsprotokolle S. 1663, eb. Endemann a. a. O., § 165, Anm. 10.

§ 14.

Die Haftung des Verleihers wegen arglistigen Verschweigens.[85])

Aehnlich der Haftung des Schenkers ist die des Verleihers geregelt. An sich hat der Verleiher nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten; § 599. Verschweigt er aber arglistig einen Mangel im Recht oder einen Fehler der verliehenen Sache, so muss er dem Entleiher den daraus entstehenden Schaden ersetzen; § 600. Der Begriff des arglistigen Verschweigens ist auch hier der oben S. 55 f., 72 f. fixierte.[86])

Der Schadenersatzanspruch des Entleihers geht wie bei der Schenkung (abgesehen von dem Falle unter B, 2, b, § 524, Abs. 2, oben S. 112) nur auf das negative Interesse.[87])

Der Entleiher macht diesen Schadenersatzanspruch geltend entweder im Wege der Klage mit der *actio commodati contraria* oder aber durch Zurückbehaltung der Sache gemäss § 273, Abs. 2.[88])

Durch den § 600 werden, wie Planck[89]) mit Recht bemerkt, die Vorschriften über unerlaubte Handlungen nicht berührt. „Danach kann z. B. jemand, der ein Pferd aus einem verseuchten Stalle verleiht, und dadurch eine Ansteckung herbeiführt, haftbar sein, wenn gegen eine gesetzliche oder polizeiliche, den Schutz eines andern bezweckende, Vorschrift verstossen ist.“[89]) Derselben Ansicht ist auch Scherer.[90])

---

[85]) Litteratur: Cosack a. a. O., § 141. Matthiass a. a. O., § 120. Planck a. a. O., S. 337, II, B. Schollmeyer a. a. O., § 4. Endemann a. a. O., I, § 183. Motive II, S. 446 f. zu § 551. Kommissionsprotokolle S. 2128.

[86]) cf. Planck zu § 600, durch Verweisung, eb. Fischer-Henle zu § 600.

[87]) Dies entspricht der der Fassung der §§ 523, Abs. 1 und 524, Abs. 1 nachgebildeten Fassung des § 600: „Verschweigt der Verleiher arglistig einen Mangel im Recht oder einen Fehler der verliehenen Sache, so ist er verpflichtet, dem Entleiher *den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen*“. eb. Motive II, S. 446: „Diese Bestimmungen des § 600 rechtfertigen sich durch die Verwandtschaft der Gebrauchsleihe mit der Schenkung“. Aehnlich Endemann a. a. O. Planck durch Verweisung auf § 523, 1. 524, 1. § 183, I, 2.

[88]) Fischer-Henle zu § 600.

[89]) Planck a. a. O. zu § 600, II, S. 337.

[90]) Scherer a. a. O. in der oben S. 68 cit. Aeusserung zu § 823.